

JORGE COUTINHO PASCHOAL

**O PREJUÍZO
NA TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E
SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES.**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2014

JORGE COUTINHO PASCHOAL

Nº USP 4944608

**O PREJUÍZO NA TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS
PENAIAS E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES.**

Dissertação (Mestrado) apresentada perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação do Excelentíssimo Senhor Professor Associado MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

SÃO PAULO.

2014.

**O PREJUÍZO NA TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E SUA
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

JORGE COUTINHO PASCHOAL

DATA ____/____/____

RESULTADO: _____.

BANCA EXAMINADORA

1º EXAMINADOR: _____.

(ORIENTADOR) EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROFESSOR ASSOCIADO
MAURICIO ZANOIDE DE MORAES

INSTITUIÇÃO: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

2º EXAMINADOR (A): _____.

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) PROFESSOR (A) _____

_____.

INSTITUIÇÃO: _____.

3º EXAMINADOR (A): _____.

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) PROFESSOR (A) _____

_____.

INSTITUIÇÃO: _____.

Dedico o trabalho a **YEMANJÁ, OGUM, OXOSSI, OXUM**, saudando todas as Linhas da Umbanda, de Direita e de Esquerda. Com Fé em **DEUS, NOSSA SENHORA** e em **NOSSO SENHOR JESUS CRISTO: OXALÁ** “Que a Cruz Sagrada seja a minha Luz”.

Dedico, igualmente, o presente estudo para a minha querida irmã **JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL**, quem é, para mim, exemplo de pessoa íntegra, honesta e decente, a quem devoto Amor, carinho, respeito, consideração e, sobretudo, uma imensa admiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a minha irmã Luana Paschoal, a *Luluca*, quem, desde a infância (e sempre) me proporciona alegria e felicidade. Graças a você, e, sobretudo, a você, eu não desisti de finalizar este projeto. À Nohara Paschoal, também com especial carinho.

Aos meus pais, Ricardo José de Gusmão Paschoal e Regina Cavallo, com Amor.

A Maria José de Gusmão Paschoal (*in memoriam*), com saudades. A tia Otília.

Ao Professor Orientador, Maurício Zanoide de Moraes, obrigado pelas oportunidades concedidas. Agradeço também o fato de o Sr. sempre ter respeitado todas as minhas opiniões, conferindo-me liberdade para que eu pudesse exprimi-las neste trabalho.

Com muita gratidão, aos meus Professores dos bancos da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP): em primeiro lugar, gostaria de destacar meu apreço pelo Professor Antonio Scarance Fernandes, o qual compôs a Banca de Qualificação, e por quem tenho um grande respeito, enorme consideração e um imenso carinho. Aos demais Professores, agradeço pela minha formação e pelas ricas aulas. Nomeio, nesta oportunidade: Antonio Carlos Marcato, Antônio Cláudio da Costa Machado, Antonio Luis Chaves Camargo (*in memoriam*), David Teixeira de Azevedo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Janaina Conceição Paschoal, João Alberto Schützer Del Nero, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Miguel Reale Júnior, Renato de Mello Jorge Silveira e Sérgio Salomão Shecaira.

À Professora Marta Cristina Cury Saad Gimenez, agradeço por toda a generosidade e atenção, bem como pelas observações na Banca de Qualificação.

Ao Professor Marcos Alexandre Coelho Zilli, obrigado pelo constante incentivo, pela estima e consideração. O Sr. é um exemplo a seguir, tanto fora quanto dentro da Academia.

Ao Professor Antonio Carlos da Ponte, obrigado por fortalecer em mim a vontade já preexistente de estudar o tema das nulidades processuais penais.

Aos Amigos, obrigado pelo apoio e pela amizade sincera e, sobretudo, verdadeira! Agradeço a Adriana Almeida de Oliveira, Adriane Nakagawa Baptista, Arthur, Bruno Carlo Bertini Fera, Carlos Renato de Almeida, Dennys Antonialli, Fabiano Takayanagi, Fernando Vieira Seixas, Francesco D'Ippolito, Juliana Nunes, Grace Menck Figueroa, Marcel Yamada Ushima, Márcio Geraldo Britto Arantes Filho, Milene Cristina Santos, Renato Oso, Rodrigo Akio Azuma e à sempre estimada Professora, Rosana Sol. Em especial, com muito carinho, para a fiel Companheira e sempre incentivadora e apoiadora, Sandra Nascimento, e para Beatriz Correa Camargo, Grande Amiga, de todas as horas, sempre doce, gentil e carinhosa.

A todos os Funcionários da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), sempre muito prestativos e tão amáveis ao longo desses meus 10 (dez) anos de São Francisco: a vocês, toda minha afeição, gratidão e o meu apreço; muito obrigado, por tudo!

RESUMO

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo na teoria das nulidades processuais penais e sua análise jurisprudencial nos Tribunais Superiores*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

A presente Dissertação de Mestrado 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, perseguições penais arbitrárias, vulnerando o sistema de direitos e garantias no Estado de Direito Democrático. O estudo é feito, ao final, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pois é somente a partir dessa análise que se conseguirá melhor esmiuçar quais critérios e balizas têm sido levados em conta para, em cada caso concreto, reconhecer-se o prejuízo e, por via reflexa, a nulidade. O presente estudo, ainda que de maneira audaciosa, tem a pretensão de propor uma maior sistematização da matéria, almejando a aplicação equânime e justa do direito.

Palavras chave: Nulidades processuais penais – prejuízo – atos e vícios processuais - devido processo legal – direitos e garantias fundamentais - jurisprudência dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

ABSTRACT

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *The harm in the theory of criminal proceeding nullities and its jurisprudential analysis in the Superior Courts*. Thesis (Master) presented to the Law School, University of São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

This Master's Dissertation 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 (*doctrinaire*) 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. The study is done in light of the decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice, because this analysis allows to elaborate the criteria and goals taken into account, to assess properly the harm rule and the nullity. The present study also dares to propose a better systematization of the issue, always taking into consideration the desired and the necessary fair enforcement of law.

Keywords: Nullities in criminal law proceeding - harm – proceeding acts and procedural errors - due process of Law – Human Rights – a set of decisions of the Brazilian Upper Courts (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

RIASSUNTO

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *Il danno nella teoria delle nullità processuali penali e la sua analisi giurisprudenziale nelle Corti Superiori*. Tesi (Master) presentata alla Facoltà di Diritto dell'Università di São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

La presente Dissertazione si occupa dello studio delle nullità nella procedura penale in Brasile. Lo studio si concentra nel concetto di danno, criterio eletto dall'ordinamento giuridico brasiliano per verificare quando c'è oppure non c'è la nullità, sotto l'aspetto dell'adozione della teoria della strumentalità delle forme giuridiche. Abbiamo scelto questo tema perchè, come pensiamo, c'è una notevole mancanza di uniformità nel trattamento giuridico della materia, sia a livello dottrinale come giurisprudenziale. Effettivamente, è possibile notare che sono pronunziate decisioni dalle Corti molto differenti per casi uguali, in un piccolo lasso di tempo. Fra i fattori che potrebbero possibilmente spiegare questa mancanza di sistematizzazione é stato il fatto che ancora oggi i giuristi non sono riusciti a specificare e/oppure bene definire: (a) il concetto o il nucleo principale della nullità, in particolare nella procedura penale, (b) il suo status legale, (c) come la nullità può essere differenziata da altri tanti istituti giuridici, osservando che vi è molta confusione tra le nullità e gli altri tipi di invalidità, per non parlare dell'istituto della inesistenza giuridica. Per quanto riguarda il danno, anche i giuristi non sono riusciti a chiarire il suo esatto significato o almeno quale è il suo contenuto, e come si verifica la sua presenza nello svolgimento del processo: per esempio, se il danno deve essere concreto (effettivo), oppure soltanto potenziale. Tutte questi soggetti hanno condotto a molte domande sia nella teoria che nella pratica, provocando considerevole incertezza giuridica, che può portare, per conseguenza, sulle risposte giuridiche differenti per casi simili: questo conduce da un lato, ad impunità (o a trattamento preferenziale) e dall'altro, a persecuzioni penali arbitrarie, violando il sistema di diritti e garanzie fondamentali dell'uomo. Lo studio è realizzato alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema (Supremo Tribunale Federale) e della Corte di Giustizia Superiore (Superiore Tribunale di Giustizia) in Brasile, perchè è soltanto da questa analisi che si può controllare meglio e quali bilanciamenti sono stati considerati in ciascuno caso per riconoscere il danno e, per converso, la nullità. L'obiettivo principale di questo studio è una migliore sistematizzazione della materia, avendo in vista il desiderio di una sempre uguale e più giusta applicazione della legge.

Parole chiave: nullità nel processo penale – il danno - gli atti ed gli errori processuali – il giusto processo - i diritti e le garanzie fondamentali dell'uomo - giurisprudenza dei Tribunali Superiori brasiliani (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

LISTA DE ABREVIATURAS

abr. – abril	CPPM – Código de Processo Penal Militar
AC – Estado do Acre.	CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.
ADIn – ação direta de inconstitucionalidade	dez. – dezembro
ADPF – Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental.	DF – Distrito Federal
Ag. – agravo	ed. – edição; editora
ago. – agosto.	emb. – embargos
Ag.Rg. – agravo regimental	emb. infr. – embargos infringentes.
AI – agravo de instrumento.	ES – Estado do Espírito Santo
AL – Estado de Alagoas	fev. – fevereiro
AM – Estado do Amazonas.	GO – Estado de Goiás
AP – Estado do Amapá	HC – <i>habeas corpus</i>
Apel. – Apelação.	IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
APN – ação penal originária	inc. – inciso
art. – artigo	Inq. – inquérito.
a.C. – antes de Cristo.	j. – julgado em.
BA – Estado da Bahia	jan. – janeiro.
BolIBCCrim – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais	jun. – junho.
Câm. Crim. - Câmara de Direito Criminal	jul. - julho
Câm. Extr. Crim. – Câmara Extraordinária de Direito Criminal.	MA – Estado do Maranhão
Câm. Priv. – Câmara de Direito Privado	mar. – março.
CC – Código Civil	MG – Estado de Minas Gerais
CE – Estado do Ceara	Min. – Ministro(a)
CNJ – Conselho Nacional de Justiça.	MT – Estado do Mato Grosso
coord. – coordenação.	MS – Estado do Mato Grosso do Sul
CP – Código Penal	n. – número.
CPC – Código de Processo Civil	nov. – novembro.
CPP – Código de Processo Penal	OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
	org. – organização.
	out. – outubro.

PA – Estado do Pará
PB – Estado da Paraíba vol. – volume.
PE – Estado de Pernambuco v.u. – votação unânime.
PI – Estado do Piauí
PL – Projeto Legislativo
PR – Estado do Paraná
p. – página(s)
§ – parágrafo
QO – Questão de Ordem.
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator (a)
REsp – Recurso Especial
RHC – Recurso Ordinário em *habeas corpus*
RJ – Estado do Rio de Janeiro
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RN – Estado do Rio Grande do Norte
RO – Estado de Rondônia
RR – Estado de Roraima
RT – Revista dos Tribunais
RS – Estado do Rio Grande do Sul
SC – Estado de Santa Catarina
SE – Estado de Sergipe
set. – setembro.
SP – São Paulo.
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
s/d – sem data.
T. – Turma
TACRIM – Tribunal de Alçada Criminal
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TO – Estado do Tocantins
TJ – Tribunal de Justiça.
TRF – Tribunal Regional Federal

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	21
CAPÍTULO 1.º	27
FORMALISMO, PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.	27
1.1. Da importância da matéria em estudo, especialmente em âmbito penal: algumas observações preliminares.	27
1.1.1 Concepções e tratamentos equivocados das nulidades processuais penais.	28
1.1.1.1. A nulidade não pode ser vista como mero exercício da chicana jurídica.	29
1.1.1.2. Da indevida utilização da nulidade para frear uma persecução necessária e legítima.	29
1.1.1.3. A teorização das nulidades não pode dar margem ao arbítrio: deve haver um mínimo de certeza quando haverá, ou não, ocorrência de nulidade.	30
1.1.2. Da necessária análise dos institutos processuais penais à luz do direito penal.	32
1.1.3. Do prévio estudo da conformação social e política do Estado e o seu impacto no processo penal, bem como em seus institutos jurídicos.	34
1.2 A formalização do sistema penal e a tutela generalizada de todos os indivíduos.	36
1.2.1 A institucionalização do direito penal para conter a barbárie decorrente de um modelo de “justiça privada”.	37
1.2.2 Direito penal: tutela de todos, não só do ofendido, mas também do ofensor.	39
1.2.3 Direito penal: “um luxo próprio das sociedades evoluídas”.	45
1.2.4 Legalidade dos delitos e penas: repercussões no modo de ser do processo.	47
1.3 Da importância e necessidade de um regramento mínimo de toda e qualquer persecução penal, ante o monopólio do poder punitivo.	50
1.3.1 Das formas processuais.	51
1.3.1.1. Da forma em sentido estrito.	52
1.3.1.2. Da forma em sentido amplo (ou formalismo).....	52
1.3.2. Das funções do formalismo processual.	53
1.3.2.1. Delimitação das condutas, dos direitos e dos deveres dos sujeitos processuais.	53
1.3.2.2. Organização, celeridade e objetividade do procedimento, em prol de uma melhor e mais profícua busca da verdade.	54
1.3.2.3. Garantia do contraditório e da imparcialidade e legitimidade do julgador.	55
1.3.2.4. Tratamento mais isonômico na aplicação de todas as questões de direito (tanto as formais quanto às referentes ao mérito da demanda).	56

1.3.2.5. Função política: o respeito às formas dá legitimidade às decisões proferidas e possibilita a confiança dos cidadãos na sua justiça e em sua correção.	57
1.3.3. Das disfunções do formalismo processual: as (de)formas do sistema.	57
1.3.4. Síntese: da irrenunciabilidade da forma e da imprescindibilidade da adoção de um formalismo valorativamente útil.	61
1.4. Dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais: o preenchimento do vazio das formas jurídicas.	66
1.4.1. Breve perspectiva histórica quanto à conscientização, evolução e afirmação dos direitos humanos e direitos fundamentais.	69
1.4.2. Os direitos fundamentais e sua compreensão hoje.	82
1.4.2.1. As gerações de direitos.	85
1.4.2.1.1. Os direitos de primeira, de segunda e de terceira geração.	86
1.4.2.2. Os direitos fundamentais: observações a respeito do direito a prestações e a omissões por parte do Estado.	88
1.4.2.3. Visão liberal dos direitos fundamentais: ao se proteger o indivíduo, protegesse a sociedade, e não o inverso.	90
1.5. Processo penal e o modelo de legalidade estrita.	95
1.5.1. O modelo de Luigi Ferrajoli.	96
1.5.2. O processo penal e a irrenunciável busca pela verdade.	97
1.5.3. As nulidades e as garantias para uma melhor apreensão da verdade.	106
CAPÍTULO 2.....	110
AS NULIDADES NA TEORIA GERAL DO DIREITO.	110
2.1. Primeiras observações quanto ao estudo das nulidades fora e dentro do processo. .	110
2.1.1. Algumas observações preliminares.	113
2.1.1.1. Observações de ordem metodológica.	113
2.1.1.2. Ponderação preliminar: a nulidade (sobretudo a processual) não é nem se restringe apenas ao mero vício <i>de forma</i>	114
2.1.2. Exposição e divisão da matéria das nulidades referente ao presente capítulo. .	116
2.2. Dos fatos jurídicos.....	118
2.2.1. Classificação dos fatos jurídicos (fatos jurídicos em sentido amplo).....	120
2.2.1.1. Dos fatos jurídicos em sentido estrito.....	120
2.2.1.2. Dos atos jurídicos (em sentido amplo)	121
2.2.1.2.1. Ato jurídico em sentido estrito.....	123
2.2.1.2.2. Negócios jurídicos.....	124

2.3. Planos da eficácia dos atos jurídicos: existência, validade e eficácia <i>stricto sensu</i> .	125
2.3.1. A existência jurídica do fato.	125
2.3.2. A validade do fato jurídico.	126
2.3.2.1 Não se discute a validade dos fatos jurídicos em sentido estrito.	127
2.3.3. A eficácia em sentido estrito do fato jurídico.	128
2.3.4. Inexistência jurídica: ausência de elementos constitutivos para que o ato seja juridicamente reconhecível.	129
2.3.4.1. Dificuldades teóricas e práticas quanto ao instituto da inexistência jurídica.	132
2.3.4.2. Questionamentos quanto à teorização da inexistência jurídica no direito.	134
2.3.5. Invalidade do ato jurídico: ausência dos requisitos para sua validade.	136
2.3.5.1. Visão geral do assunto.	136
2.3.2.1.1. Os requisitos de validade dos atos jurídicos.	137
2.3.5.2. Tipos de nulidades no direito civil.	138
2.3.5.3. Observações críticas ao modelo de nulidades instituído no direito civil.	142
2.3.6. Ineficácia em sentido estrito: ausência dos fatores de eficácia dos atos.	143
CAPÍTULO 3	145
AS NULIDADES DENTRO DO DIREITO PROCESSUAL: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO	145
3.1. Dos fatos jurídicos processuais.	146
3.1.1. Amplitude e alcance do conceito de fato jurídico processual.	146
3.1.2. Classificação dos fatos jurídicos processuais (em sentido amplo).	148
3.1.2.1. Fatos jurídicos processuais em sentido estrito.	149
3.1.2.1.1. Fatos jurídicos processuais em sentido estrito: breves considerações quanto aos encontros fortuitos no processo penal.	150
3.1.2.2. Atos jurídicos processuais.	152
3.1.2.2.1. Atos jurídicos processuais em sentido estrito.	153
3.1.2.2.2. Negócios jurídicos processuais.	153
3.2. Análise isolada e conjunta do(s) ato(s) jurídico(s) processual(is).	158
3.2.1. Estudo estático do ato jurídico processual.	160
3.2.1.1. Tentativa de delimitação entre os “elementos constitutivos” para a existência jurídica do ato processual e seus “requisitos” de validade.	161
3.3. Estudo dinâmico do ato processual.	172
3.3.1. Importância do estudo dinâmico do processo para a matéria das nulidades.	173

3.3.2. Pressupostos processuais	174
3.3.2.1. A divisão dos pressupostos processuais.....	175
3.3.2.2. Dos pressupostos de existência e validade.	176
3.3.2.2.1. Juiz investido de jurisdição: o <i>único</i> pressuposto de existência no processo.....	177
3.3.2.2.2. Dos pressupostos de validade do processo.....	178
3.3.2.2.2.1. Necessidade de demanda de parte.	178
3.3.2.2.2.2. Aptidão da petição inicial (ausência de inépcia da inicial acusatória).....	180
3.3.2.2.2.3. Capacidade de ser parte e de estar em juízo (capacidade processual)	184
3.3.2.2.2.4. Capacidade postulatória.....	186
3.3.2.2.2.5. Competência e imparcialidade do magistrado.....	191
3.3.2.2.2.6. Motivação idônea no ato decisório que recebe ou rejeita a acusação.	197
3.3.2.2.2.7. A citação regular.....	200
3.3.2.2.2.8. Da originalidade da demanda: ou melhor, da ausência dos pressupostos processuais negativos (litispendência e coisa julgada).	202
3.3.3. As condições da ação.....	205
3.3.3.1. O direito de ação é condicionado, mas o direito ao processo não é.	206
3.3.3.2. As condições da ação penal: anotações gerais.....	207
3.3.3.2.1. A possibilidade jurídica do pedido.....	208
3.3.3.2.2. Interesse de agir.....	211
3.3.3.2.2.1. O interesse-necessidade.....	212
3.3.3.2.2.2. O interesse-utilidade.....	212
3.3.3.2.2.3. O interesse-adequação.....	214
3.3.3.2.2. A legitimidade no processo penal.	216
3.3.3.2.2.1. Legitimidade ativa	216
3.3.3.2.2.2. Legitimidade passiva.	221
3.3.4. Consequências jurídicas do desatendimento dos pressupostos processuais e do preenchimento das condições da ação penal.	222
3.3.4.1. As consequências quanto o desatendimento dos pressupostos processuais	222
3.3.4.2. As consequências da falta de preenchimento das condições da ação penal.	223

3.3.5. Últimas considerações sobre o aspecto dinâmico do ato processual: as principais teorias sobre a natureza do processo e sua relação com o sistema de invalidades.	226
3.3.5.1. As teorias da relação jurídica e da situação jurídica.	226
3.3.5.2. O impacto dessas teorias no sistema de direitos e garantias e na estruturação da teoria das invalidades processuais.	230
3.4. Teorização das nulidades no processo penal.	232
3.4.1. Panorama geral.	232
3.4.2. A nulidade não pode ser equiparada ao vício de forma: hipóteses de defeitos formais que não estão sujeitos ao regime das nulidades.	239
3.4.2.1. As irregularidades.	239
3.4.2.2. Da ausência de pedido condenatório expresso na ação penal condenatória de iniciativa privada: vício formal que acarreta a perempção.	242
3.4.2.3. A extrapolação do prazo razoável da persecução penal.	243
3.4.3. Os contornos entre as nulidades e as invalidades.	245
3.4.3.1. Do equívoco na utilização ampla do conceito de nulidade: a desnecessidade em dividir as nulidades em de fundo e de forma.	247
3.4.3.2. Nulidade: uma invalidade com um regime jurídico mais específico.	249
3.4.4. O reconhecimento das nulidades no direito processual: necessidade de decisão jurisdicional.	250
3.4.5. Natureza jurídica da decisão que reconhece a nulidade processual.	251
3.4.6. Natureza jurídica da nulidade: sanção processual.	253
3.4.6.1. Breves anotações quanto às demais sanções dentro do processo: repercussões no sistema de nulidades processuais.	261
3.4.6.1.1. A utilização da conduta desleal (má fé) para não reconhecer a nulidade.	262
3.4.7. Da correspondência entre a (in)validade (nulidade) e a (in)eficácia jurídica. ...	265
3.4.7.1. Da relação entre invalidade e (in)eficácia no processo penal.	267
3.4.7.1.1. Das excepcionais hipóteses de atos inválidos, porém <i>eventualmente</i> eficazes.	267
3.4.7.1.1.1. <i>Ne reformatio in pejus</i> : exemplo de sentença nula e eventualmente eficaz.	267
3.4.7.1.1.2. Hipóteses de prisões inválidas: a possibilidade de eficácia jurídica, nem que seja para fins de detração penal.	268
3.4.7.1.1.3. Demais hipóteses de atos inválidos, mas “eficazes”.	269
3.4.7.1.2. Dos equivocados exemplos de atos inválidos e eficazes.	270
3.4.7.1.3. Conclusão parcial: o ato processual inválido é, em regra, ineficaz. ...	271

3.4.7.2. Do relacionamento entre validade e (in)eficácia jurídica no processo.	272
3.4.7.2.1. Das <i>supostas</i> (pseudo) hipótese de atos válidos, porém ineficazes. ...	274
3.4.7.2.1.1. Do equivocado exemplo da sentença condenatória sujeita a recurso.	274
3.4.7.2.1.2. Do igualmente errôneo exemplo da sentença estrangeira.	274
3.4.7.2.1.3 As sentenças sujeitas a “recurso de ofício”: outra suposta hipótese de ato válido, porém ineficaz.	275
3.4.7.2.2. Conclusão: o ato jurídico processual válido é, em regra, igualmente eficaz.	276
3.5. Das nulidades, sua conceituação e os institutos jurídicos afins.	276
3.5.1. As nulidades, as provas ilícitas e a teoria da inexistência jurídica.	278
3.5.2. Do relacionamento entre as nulidades e as provas ilícitas.	278
3.5.2.1. Provas ilícitas: ancoragem constitucional.	279
3.5.2.2. Provas ilícitas: ancoragem teórica.	279
3.5.2.3. Provas ilícitas: definição doutrinária.	280
3.5.2.4. Diferenciação tradicional das consequências do reconhecimento das provas ilícitas (inadmissibilidade) e das provas ilegítimas (nulidade).	281
3.5.2.5. Algumas dificuldades na distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.	282
3.5.2.6. Das razões de ordem prática e teórica para um tratamento unificado entre a nulidade (prova ilegítima) e a prova ilícita.	285
3.5.3. Do relacionamento entre as nulidades e a inexistência jurídica.	290
3.5.3.1. Origem da teoria da inexistência jurídica: uma necessidade prática para fazer frente à ausência de previsão de nulidade.	290
3.5.3.2. Da confusão entre o instituto da inexistência jurídica e da nulidade.	291
3.5.3.3. Da desnecessidade da manutenção do instituto da inexistência jurídica e da conveniência de sua leitura entre as invalidades jurídicas.	295
3.5.3.3.1. Da artificialidade, incongruência e inconstitucionalidade da teorização de que se seria desnecessária decisão jurisdicional reconhecendo a inexistência jurídica.	296
3.5.3.3.2. Do impacto negativo no sistema de direitos e garantias fundamentais.	299
3.5.3.3.3. Da desnecessidade prática em se trabalhar com a inexistência jurídica no direito processual penal.	302
3.6. Do (s) princípio (s) aplicável (is) à matéria de nulidades processuais.	306
3.6.1. O princípio da instrumentalidade das formas: a sua importância para a tutela de todos os envolvidos e interessados.	307

3.6.1.1. O Prejuízo	317
3.6.1.1.1. Os sistemas de nulidades e a análise do prejuízo: a fase formalista e os sistemas taxativo, judicial e misto (ou intermediário).	321
3.6.1.1.2. O prejuízo e a gravidade dos vícios processuais sujeitos às nulidades.	327
3.6.1.1.3. As nulidades processuais e a sua divisão.	328
3.6.1.1.3.1. Divisão tripartida dos vícios sujeitos à anulação: a nulidade absoluta, relativa e as anulabilidades.....	329
3.6.1.1.3.2. Divisão bipartida: nulidades de ordem absoluta e relativa.	331
3.6.1.1.3.2.1. O critério da violação do interesse público: tradicionalmente eleito o divisor de águas para separar a nulidade absoluta da relativa.	331
3.6.1.1.3.2.1.1. Da dificuldade em se trabalhar com o critério da violação da ordem pública para a distinção entre nulidades absolutas e relativas no processo penal.	335
3.6.1.1.3.2.2. O critério da vulneração dos direitos e garantias fundamentais.	339
3.6.1.1.4. O prejuízo é sempre presumido em qualquer nulidade e a distinção entre nulidade absoluta e relativa deve estar na lei, apenas para fins de preclusão.	343
3.6.1.2. A(s) causa(s) de saneamento dos vícios processuais: a nulidade e a preclusão.	345
3.6.1.3. Dos demais norteamientos que conformam a matéria de nulidades processuais.	349
CAPÍTULO 4.....	350
NULDADES PROCESSUAIS PENAIIS: UMA ANÁLISE LEGAL.....	350
4.1. Da análise da legislação brasileira aplicável às nulidades processuais penais.....	350
4.2. O Código de Processo Penal de 1941: panorama geral.....	352
4.3. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal e as nulidades.	356
4.4. O Código de Processo Penal e as nulidades processuais penais.	359
4.4.1. O tratamento do prejuízo no Código de Processo Penal.	359
4.4.2. O rol de vícios do artigo 564, do Código de Processo penal: das condições e dos vícios que dão ensejo ao reconhecimento da nulidade.	369
4.4.3. O Código de Processo Penal, as nulidades, os vícios de forma e de conteúdo e os tipos de equívocos sujeitos à anulação (<i>error in iudicando</i> e <i>error in procedendo</i>).	381
4.4.4. As hipóteses de saneamento/convalidação dos atos imperfeitos sujeitos à sanção de nulidade.....	385

4.4.4.1. <i>Impossibilidade</i> de saneamento do vício da denúncia ou queixa.	386
4.4.4.2. <i>Suposta</i> hipótese de saneamento dos vícios de citação, intimação ou notificação.....	387
4.4.4.3. Das hipóteses genéricas de saneamento dos atos sujeitos à nulidade.....	389
4.4.4.3.1. O que deve se entender por sanabilidade do vício?	389
4.4.4.3.2. A ausência de prejuízo não é uma causa saneadora do vício.....	390
4.4.4.3.3. A preclusão é a única hipótese de saneamento dos vícios processuais: (i) da falta de alegação oportuna de nulidade e da (ii) falta de reiteração do pedido quanto o reconhecimento da nulidade na outra instância.....	392
4.4.4.3.4. A divisão das nulidades em nulidades relativas e absolutas no Código de Processo Penal vigente.	393
4.4.4.3.4.1. As nulidades relativas.....	393
4.4.4.3.4.1.1. Os prazos preclusivos para alegar as nulidades relativas.	394
4.4.4.3.4.2. As nulidades absolutas	397
4.4.4.3.4.2.1. Todos os vícios relacionados à prova (produção ou mesmo obtenção da prova) são insanáveis, por se sujeitarem ao regime das provas ilícitas.....	399
4.4.5. Regime das nulidades processuais.....	400
4.4.5.1. A causalidade.....	400
4.4.6. Meios de impugnação para reconhecer a nulidade no processo penal.	402
4.5. Questões controvertidas e problemáticas no tratamento das nulidades processuais penais.....	404
4.5.1. A possibilidade de se desconsiderar a nulidade quando o julgamento for mais favorável ao acusado, a condenação em segunda instância e a súmula 160, do STF: “uma combinação inconciliável”.....	404
4.5.2. A nulidade e as investigações preliminares em sede penal.	408
CAPÍTULO 5.....	420
O PREJUÍZO E AS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	420
5.1. A necessidade de se aliar o estudo do direito à jurisprudência.	420
5.2. A preocupante falta de sistematização jurisprudencial.	422
5.3. Metodologia utilizada no estudo da jurisprudência.	423
5.4. Divisão do presente capítulo.	424
5.5. Análise de algumas hipóteses de nulidades processuais penais e sua interpretação nos Tribunais Superiores.....	425

5.5.1. A ausência de oportunidade e/ou de apresentação das defesas preliminares ...	425
5.5.1.1. Ausência de defesa preliminar nos crimes da Lei de Drogas.	426
5.5.1.1.1. Sugestão de critério metodológico para o pronunciamento das nulidades.	437
5.5.1.2. Ausência de defesa preliminar nos procedimentos dos funcionários públicos 442	442
5.5.2. A decisão de recebimento da acusação.	448
5.5.3. Citação.	450
5.5.3.1. Citação pessoal.	450
5.5.3.2. Citação editalícia.....	451
5.5.4. Competência.	458
5.5.4.1. Fixação da competência por prevenção 458	458
5.5.4.2. Julgamento por Câmaras formadas majoritariamente por juízes de primeiro grau. 460	460
5.5.4.3. Impedimento.	465
5.5.4.4. Identidade física do juiz.....	468
5.5.5. Direito à produção da prova testemunhal.	472
5.5.6. Designação de audiências de instrução no mesmo dia.	473
5.5.7. Presença do advogado na audiência.	474
5.5.8. Presença do réu na audiência.....	477
5.5.9. Inversão na oitiva das perguntas do artigo 212, CPP.	479
5.5.10. Oralidade.	487
5.5.11. Indeferimento na produção da prova pericial.	488
5.5.12. Exame de corpo de delito.	491
5.5.13. Interrogatório 492	492
5.5.13.1. Direito de ser ouvido na cidade onde reside – carta precatória. 492	492
5.5.13.2. Direito de entrevista reservada entre advogado e acusado. 494	494
5.5.13.3. Interrogatório: necessidade de defensor na prática do ato. 495	495
5.5.13.4. Interrogatório e corrêus..... 497	497
5.5.13.5. Interrogatório realizado muito próximo à citação..... 501	501
5.5.13.6. Direito ao silêncio e interrogatório. 502	502
5.5.14. Alegações finais..... 504	504
5.5.14.1. Ausência ou deficiência das alegações finais e Tribunal do Júri..... 506	506
5.5.15. Sentença..... 507	507

5.5.15.1. Fundamentação.	507
5.5.16. Recursos.	510
5.5.16.1. Ausência de apresentação de razões e contrarrazões recursais.....	510
5.5.16.2. Apresentação de memoriais.	513
5.5.16.3. Ordem de pronunciamentos nas sustentações orais.	514
5.5.17. Intimações.....	514
5.5.17.1. Generalidades. Problemas com intimação.	514
5.5.17.2. Intimação e carta precatória.	517
5.5.17.3. Intimação pessoal de defensor público e defensor dativo.....	520
5.5.17.4. Falta de intimação do advogado para a sessão de julgamento: sustentação oral.	523
5.5.18. Direito de constituir advogado da confiança	526
CONCLUSÕES	529
BIBLIOGRAFIA	538

INTRODUÇÃO

O tema das nulidades é um dos mais controvertidos do direito processual, tanto na teoria quanto na prática. A respeito do assunto, basta uma rápida consulta à jurisprudência para verificar que uma mesma situação jurídica ora dá ensejo ao reconhecimento da nulidade, ora não. Isso, de certo modo, resta mais preocupante quando as decisões emanam dos Tribunais Superiores, nos quais deveria haver maior preocupação com a uniformização das questões de direito, entre as quais se circunscreve a matéria das nulidades.

Em uma explicação simples, a nulidade processual decorre da omissão ou mesmo da prática imperfeita de algum ato processual: origina-se de um ato jurídico processual atípico: uma constatação, a princípio, singela, que não ensejaria maiores indagações.

Em que pese a aparente tranquilidade da matéria, o fato é que, ao se aprofundar o seu estudo, constatam-se diversas dificuldades, tanto de cunho teórico, quanto prático. Com efeito, existe ainda grande controvérsia com relação ao conceito de nulidade e qual seria a sua natureza jurídica. Até hoje não há anuência entre os estudiosos a respeito de qual seria o melhor critério para a sua classificação (nulidade, anulabilidade, nulidade absoluta e relativa, nulidade cominada e implícita, nulidade sanável e insanável, etc).

Ademais, há grande confusão na delimitação do âmbito das nulidades com as demais invalidades, sem falar na enorme dificuldade em se diferenciar as nulidades das hipóteses de inexistência jurídica, cujo tratamento tem acarretado grande celeuma.

Pode-se dizer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência chegaram a um acordo em um ponto: a nulidade está diretamente relacionada à proteção de valores relevantes para o direito e ao processo. Sendo assim, para o seu reconhecimento, deve haver a *vulneração* de algum desses valores, o que se convencionou chamar de prejuízo.

Nesse sentido, a nulidade não se restringiria ao vício de forma, já que, para ser reconhecida, é necessária a violação ou, ao menos, a colocação em risco de algum valor relevante do ordenamento. Para dizer se há, ou não, violação de algum desses valores, e, conseqüentemente, se há nulidade, a doutrina tradicional sempre se serviu de determinados indicativos, entre os quais a gravidade do vício do ato processual. Conforme o grau da imperfeição, as nulidades seriam divididas em dois tipos: absolutas e relativas.

As nulidades relativas diriam respeito à violação de normas dispostas em favor do interesse de alguma das partes, sendo que seu reconhecimento dependeria da alegação do interessado no prazo legal; nesses casos, segundo pontua a doutrina mais tradicional, o reconhecimento da nulidade não seria imediato, ou melhor, não ocorreria de plano, sendo

imprescindível a demonstração do prejuízo sofrido pela parte (exemplo: violação de algum direito relevante), decorrente do vício de forma.

Já as nulidades de ordem absoluta decorreriam de vícios especialmente graves, que transcenderiam o mero interesse particular, atingindo o interesse público, de modo que seu conhecimento poderia ocorrer de ofício, a qualquer tempo. Não haveria, assim, prazos preclusivos para sua alegação. O vício, por ser especialmente grave, seria insanável, e o prejuízo presumido. Não por outra razão se pontua, nessas hipóteses, que seria dispensável demonstrá-lo, havendo quase que um automatismo em se reconhecer a nulidade.

Uma primeira dificuldade na adoção de todos esses conceitos – particularmente, da dicotomia absoluta/relativa-interesse público/privado - é que o critério utilizado para o reconhecimento da nulidade absoluta, isto é, consistente na violação do interesse público, mostra-se muitíssimo vago. Ademais, é difícil vislumbrar, dentro do direito processual - sobretudo no processo penal - uma norma que proteja, exclusivamente, o interesse de uma das partes. Por isso mesmo, seria impróprio e impertinente falar em nulidades relativas (entendidas como violação do interesse privado) no processo penal.

Pois bem, um critério um pouco mais objetivo – para estabelecer uma melhor diferenciação entre o que poderia se entender por nulidade absoluta e relativa - seria o da violação dos direitos e das garantias fundamentais. Sendo assim, decorreria a nulidade de um vício de forma que coloque em perigo algum valor constitucionalmente relevante. Nulidade absoluta decorreria de nulidade que violasse algum direito fundamental enquanto relativa seria a nulidade que não violasse a Constituição ou as normas de garantia.

Um problema que surge é que, em primeiro lugar, essa afirmação, principalmente nos dias de hoje, constitui uma obviedade, sobretudo no processo penal.

É difícil – se não impossível - pensar em uma hipótese de nulidade que não tenha relação, ainda que de forma mediata, com algum valor constitucional ou norma de garantia.

Diante disso, os casos de nulidades (absolutas) dos atos processuais tenderiam a aumentar muito, uma vez que a Constituição da República de 1988 dispõe, de forma ampla e abrangente, sobre direitos e garantias fundamentais.

A conseqüência é que, com a leitura de cunho constitucional, se estenderiam, demasiadamente, as situações que levariam à invalidade dos atos processuais.

Essas situações potencializariam, em certo sentido, maior insegurança jurídica, pois a nulidade absoluta – segundo a doutrina constitucional - poderia ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive de ofício, não estando sujeita à preclusão.

Talvez em resposta a essa tendência, qual seja, a de um alargamento das hipóteses de nulidades processuais absolutas (pela leitura constitucional), tem-se tentado abrandar o entendimento de que a nulidade absoluta implicaria, automaticamente, a imprestabilidade

dos atos processuais. Assim, a princípio – apenas *excepcionalmente* - quando não se verificasse prejuízo, a nulidade - ainda que absoluta - não deveria ser reconhecida.

O problema é que, como tudo que é pensado para ser *exceção* acaba virando a regra, também essa “relativização”¹ das nulidades absolutas veio a se tornar regra.

O que preocupa e justifica o presente estudo.

Hoje, mais e mais, tem sido comum questionar se o ato atípico não acarretou algum prejuízo, de modo a se preservar a validade do ato praticado.

Quer dizer, mais recentemente, também para as hipóteses de nulidade absoluta passou-se a indagar acerca da ocorrência do prejuízo, o que antes – a rigor - não se fazia, já que, antigamente, entendia-se ser o prejuízo presumido, ou ínsito, nesses casos.

Pode-se afirmar, assim, que, modernamente, as nulidades absolutas acabaram se tornando relativizadas, sendo, assim, *menos* absolutas, *mais* relativas.

Qualquer sujeito atuante na justiça, principalmente o advogado, pode constatar essa flexibilização. Ao suscitar a ocorrência de alguma hipótese de nulidade, os tribunais sempre encontram algum argumento para afirmar que - especificamente naquele caso (ou melhor, talvez pior: justamente no seu caso) - não houve prejuízo.

Isso causa alguma perplexidade, pois, comparando-se os diversos precedentes de reconhecimento da nulidade, pode-se averiguar que, às vezes, os julgados proferidos não guardam coerência entre si, observando-se que as decisões sobre o assunto, não raro, ao decretarem a nulidade, são bem concisas: o que dificulta a análise do caso, impedindo que se construa um parâmetro seguro e objetivo para dizer quando haverá, ou não, prejuízo, e, por via reflexa, quando ocorrerá, ou não, a nulidade. A imprecisão da jurisprudência também se aplica à doutrina, que tem enveredado pela seara da constante e crescente flexibilização das nulidades, sem, contudo, fornecer balizas ou mesmo algum norteamento mais seguro e palpável a respeito do que deve ser entendido por prejuízo.

Pois bem, colocada a questão nesses termos, tem-se que, em linhas gerais, o principal parâmetro utilizado hoje para reconhecer a nulidade centra-se na análise do prejuízo, indagando-se, para tanto, se, a despeito do vício de forma, a finalidade do ato foi, ou não, alcançada. O problema é que os parâmetros utilizados para analisar quando há, ou não, prejuízo, são muito imprecisos. O prejuízo poderia ser analisado pelo prisma do não alcance da finalidade do ato. Contudo, ainda que seja possível falar na finalidade do ato, tem-se que esse é um dado igualmente incerto e fluido. Por exemplo, a respeito: haveria uma finalidade ou várias finalidades do ato? Não alcançar a(s) finalidade(s) do ato equivaleria, automaticamente, ao prejuízo? O próprio prejuízo se mostra um dado genérico

¹ O termo relativização das nulidades tem sido utilizado tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na doutrina: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 154, nota de rodapé n. 191. Na jurisprudência: STF, HC 88.193/SP, Ministro Relator Eros Grau, 2.^a T., j. 25.04.2006, v.u.

e aberto, constituindo um conceito que, do ponto de vista objetivo, se apresenta de difícil apreciação. Afinal, o que é prejuízo? Quando há prejuízo? Ele é um dado aferível pela ótica subjetiva das partes, ou não? Se não, quando, objetivamente, haveria prejuízo? Haverá prejuízo quando o vício prejudicar a busca da verdade e a administração da justiça? Quem diz que, na hipótese, não houve prejuízo à busca da verdade no processo? Afinal, quem diz qual é a verdade do processo? Outra questão maltratada até hoje, que suscita também algumas dúvidas: o prejuízo tem que ser efetivo ou pode ser meramente potencial? Havendo dúvidas quanto à sua ocorrência, como solucionar a questão? A dúvida acerca do prejuízo milita a favor de alguém? A quem cumpre fazer a prova do prejuízo (ou melhor: poder-se-ia falar em um “ônus” de alguém demonstrá-lo)? Não constituiria a prova do prejuízo, sobretudo quando endereçada à parte, um ônus demasiadamente pesado, isto é, uma espécie de prova diabólica? A alegação do prejuízo não poderia levar à antecipação de alguma tese jurídica, prejudicando a parte, em sua linha de atuação?

Ainda que o critério do prejuízo seja norteado com foco no resguardo de algum valor fundamental, o fato é que, muitas vezes, tal análise acaba envolvendo diversas outras questões. Seria possível falar em ponderação de valores constitucionais, na avaliação da nulidade? Tudo isso torna a tarefa do intérprete e do aplicador do direito ainda mais difícil.

De certa forma, essa confusão pode ser constatada, de forma mais concreta, ao se analisarem os acórdãos dos Tribunais Superiores.

Com efeito, já existe na comunidade acadêmica, bem como entre operadores do direito, um preocupante *sentimento (sensação*²) de falta de sistematização da matéria, que beira, em certo ponto, o casuísmo, como bem discorre Vicente Greco Filho³.

² Não constitui um pecado, em um trabalho científico, começar as indagações investigativas por meio de uma sensação ou intuição. A esse respeito, ensina Miguel Reale que “o homem não é apenas ‘sensibilidade’, porque também ‘sente afetivamente’, reage emocionalmente, tem simpatias e aversões, comove-se, apaixona-se. (...) A afirmação de que *o homem é um ser que pensa* é exata, mas, sob certo prisma, poderia representar uma incompreensão do humano. O homem é sim um ser que *pensa, sente e age*, razão pela qual Hessen, em sua clara monografia sobre *Teoria do Conhecimento*, distingue, em função das três forças fundamentais do ser espiritual (pensamento, sentimento e vontade), estas três espécies de intuição: *racional, emocional e volitiva*, todas suscetíveis de apreensão imediata de um objeto. (...) Antes de lembrarmos algumas teorias intuicionistas, não é demais ponderar que, mesmo fora do campo filosófico, no domínio das ciências exatas, se reconhece o papel da *intuição* como instrumento de saber. Em pequeno e admirável livro, intitulado *Aonde vai a Ciência?*, Max Planck – o cientista que com a teoria dos ‘quanta’ deu início à Nova Física – põe em relevo a importância da intuição intelectual, não só quanto aos princípios fundamentais, mas também no plano da pesquisa experimental, mostrando como o investigador autêntico sabe ‘com os olhos do espírito’ penetrar nos mais delicados processos que se desenrolam perante ele, construindo intuitivamente todo um mundo de hipóteses destinado a ser verificado segundo ‘medições experimentais’. No prefácio da mencionada obra, Albert Einstein escreve o seguinte: - ‘Assim, o trabalho supremo do físico é o descobrimento das leis elementares mais gerais, a partir das quais pode ser deduzida logicamente a imagem do mundo. Porém, não existe um caminho lógico para o descobrimento desses leis elementares. Existe unicamente a *via da intuição*, ajudada por um sentimento para a ordem que jaz através das aparências, e este *Einfühlung* se desenrola pela experiência’. Ora, essa colocação do problema, feita pelos cientistas, coincide com a dos filósofos, como Max Sheler, N. Hartmann e M. Heidegger, segundo os quais em todo conhecimento há como que um ‘dado antecipatório’, toda pergunta pressupondo certa intuição ou ‘percepção

Uma das razões deste trabalho reside no fato de, infelizmente, ainda hoje, não ser incomum verificar contradições a respeito do tratamento do tema, em sede jurisprudencial.

Desse modo, constitui um dos objetivos deste estudo averiguar essa situação, até para confirmar ou mesmo para desmentir essa *sensação* quanto à falta de uniformização da matéria, presente tanto no meio acadêmico quanto forense, a qual constitui uma *hipótese* muito plausível, mas que ainda não foi devidamente analisada na doutrina, sendo que esse exame constitui, justamente, um dos principais focos deste trabalho.

Os capítulos serão divididos da seguinte forma:

No capítulo 1.º, o instituto das nulidades será analisado à luz do direito penal, do processo, bem como da concepção do Estado e da Constituição. Sendo o processo penal o reflexo e um espelho do modelo de Estado, este estudo não poderia iniciar sem evidenciar quais são os seus pressupostos, os quais guardam estreita ligação com a conformação do Estado de Direito Democrático, bem como ao modo como a Constituição da República e o ordenamento protegem os direitos e garantias fundamentais: o que reflete, imediatamente, no tratamento do instituto das nulidades processuais penais.

No capítulo 2, será analisada a teoria das nulidades, tal qual pensada para a teoria geral do direito, sobretudo no direito civil.

Sendo as nulidades um assunto cuja teorização se deu fora do processo e a ele, posteriormente, foi aplicada, tem-se que o estudo da matéria não poderia prescindir dos alicerces que embasam a teorização do tema no direito processual.

No capítulo 3, será estudada a teoria das nulidades processuais, como se encontra prevista e é tratada em nosso ordenamento jurídico: qual a natureza jurídica da nulidade, quais as classificações, qual o relacionamento da nulidade com institutos jurídicos afins e quais os seus princípios (ou melhor: norteamentos) regentes. Poder-se-á constatar que este capítulo pretende sistematizar melhor o assunto e tratar a matéria das nulidades em relação à sua inserção entre os diversos âmbitos de ineficácia dos atos processuais.

No capítulo 4, será feita uma análise normativa das nulidades processuais penais, com destaque para como a matéria é tratada em nosso ordenamento jurídico.

Aqui, também serão abordados, embora de forma preliminar, alguns aspectos do critério do prejuízo, cerne do presente trabalho, mas que somente poderá ser esmiuçado com a análise do estudo da jurisprudência, a ser feita no capítulo seguinte.

No capítulo 5, será feita uma análise de casos julgados, listando-se, para tanto, os precedentes referentes à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como

liminar' do perguntado" (REALE, Miguel. *Filosofia do direito* 20.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133-135).

³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

do Supremo Tribunal Federal (STF), quais são os seus respectivos posicionamentos quanto à matéria das nulidades, mais especificamente no que pertine ao critério do prejuízo.

O objetivo deste estudo é tornar a matéria em apreço mais palpável, isto é, mais concreta, menos teórica, cumprindo verificar, nesta oportunidade, se a teorização conferida pelos estudiosos vem sendo aplicada pelos Tribunais Superiores, o que contribuirá para uma melhor análise do prejuízo. Será investigado, ademais, no capítulo em epígrafe, em que medida a jurisprudência mantém coerência com os seus próprios julgados, servindo o presente trabalho para apontar inconsistências e contradições.

Tudo em prol do objetivo de tentar trazer soluções para contribuir para uma maior e melhor uniformização de todas essas questões.

Por fim, será feita a conclusão, fruto do desenvolvimento deste trabalho, o que somente foi possível pelo estudo dos trabalhos, bem como pela análise dos mais diversos posicionamentos (sobretudo da jurisprudência) a respeito do tema.

Frisa-se o exposto, pois, como observa Eugênio Raúl Zaffaroni, “nenhuma obra é exclusivamente pessoal”⁴. Agradece-se, desde logo, a oportunidade do estudo da matéria.

Ainda que não se concorde com parte da doutrina e da jurisprudência, é sempre proveitosa e enriquecedora a oportunidade de lidar com opiniões diferentes, pois somente assim se colocam à prova as convicções já formadas e os eventuais preconceitos.

Com a Graça de Deus, se Ele assim consentir, pretende-se que este estudo seja útil não apenas para a Academia, mas, sobretudo, que traga algo de proveitoso para a vida das pessoas. Afinal, como afirma Miguel Reale, com arrimo em Croce: “a luz intelectual é fria, a vontade é cálida”, e quando ‘da contemplação teórica se passa à ação e à prática, tem-se quase o sentimento de gerar; e os filhos não se fazem com pensamentos e com palavras’⁵.

⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. “Sobre este Direito Penal Brasileiro”. In: Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 07.

⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 269.

CAPÍTULO 1.º

FORMALISMO, PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1.1. Da importância da matéria em estudo, especialmente em âmbito penal: algumas observações preliminares.

O tema das nulidades abarca e se projeta por todas as disciplinas jurídicas⁶.

Por abranger, praticamente, quase todo o direito, o estudo da matéria é importante para qualquer área jurídica, especialmente à seara processual.

Sobretudo em âmbito penal – no qual se encontra em jogo, justamente, a liberdade do indivíduo -, o assunto ganha uma relevância maior, já que as nulidades processuais penais guardam estreita conexão com a tutela dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo, dizendo respeito à proteção dos valores mais caros ao ordenamento.

Com efeito, em todos os casos envolvendo a discussão relacionada à ocorrência de alguma nulidade processual penal, pode-se constatar que a sua indagação se dá frente à violação (ou mesmo à colocação em risco) de algum valor constitucionalmente relevante, o que, geralmente, está atrelado à quebra da forma, em ofensa ao devido processo legal.

⁶ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 3.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 13.

Nesse sentido, a nulidade constitui um instituto imprescindível ao processo, quer por preservar os direitos das partes envolvidas na persecução penal, quer por impedir que o procedimento se afaste de sua legalidade. Ao fazê-lo, a nulidade institui um mecanismo indispensável para garantir, em todo e qualquer processo, que sejam observados os direitos mais elementares do cidadão. A nulidade ao evitar que determinado indivíduo seja processado e julgado de uma forma diferente dos demais, à margem do devido processo legal – propicia **(a)** não só a igualdade de todos perante a lei (pois a todos são conferidos os mesmos direitos), mas também **(b)** contribui para a concretização dessa mesma igualdade na sua aplicação. De fato, ao garantir que todos exerçam, em igualdade de condições, os mesmos direitos (de manifestação, de defesa, de produção de provas, etc.), minimizam-se as possibilidades de se proferirem decisões díspares para causas iguais. Ante o exposto, não seria exagerado afirmar que a nulidade, no processo penal, constitui uma espécie de **garantia das garantias**, seja (i) ao indivíduo, por preservar os seus direitos e garantias fundamentais, seja (ii) à sociedade, por evitar que alguém seja julgado à margem do justo processo, diminuindo, em muito, a possibilidade de equívocos na tomada de decisões.

Ao fazê-lo, a nulidade também assegura (iii) a credibilidade da justiça, na medida em que serve de antídoto contra julgamentos arbitrários.

De pouca valia seria a previsão de direitos e garantias fundamentais no processo, caso não houvesse um mecanismo jurídico que assegurasse a sua observância. No ponto, é justamente através da nulidade que se conseguem resguardar esses *valores* no processo, em prol da segurança e liberdade de todos, bem como para um melhor acerto do fato.

1.1.1 Concepções e tratamentos equivocados das nulidades processuais penais.

Uma vez demonstrada a importância do assunto, deve-se alertar e destacar que um tratamento equivocado da teoria das nulidades no processo penal poderia comprometer o funcionamento de todo o sistema penal, quer, por um lado, (a) para propiciar perseguições e punições arbitrárias, quer, por outro, (b) para promover a impunidade, com tratamentos privilegiados. Nesse sentido, tem razão Egas Dirceu Moniz de Aragão ao afirmar e alertar que o tema das nulidades processuais é e “foi sempre e ao mesmo tempo, um dos pontos altos e baixos do Direito. Alto, no sentido de, através dele, se procurar resguardar a inteireza do ato jurídico processual; baixo, no sentido de servir a abusos e deformações. Ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios”⁷.

⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 258.

1.1.1.1. A nulidade não pode ser vista como mero exercício da chicana jurídica.

Por um lado, tem-se uma concepção inadequada das nulidades processuais penais quando se passa a lê-las apenas como instrumento de chicana jurídica.

Nesse diapasão, buscam-se todos os argumentos para nunca se pronunciá-la no processo. Não raro, concepções assim veem na nulidade apenas um mal, sendo vista como uma pena para o processo, que pode comprometer todo o seu funcionamento.

Por meio dessa compreensão, afirma-se que a nulidade deveria ser evitada, a todo custo, só cabendo ser decretada em último caso (como ultima *ratio*).

Não é difícil vislumbrar a predominância dessa visão na cultura jurídica.

Para tanto, basta analisar a divisão que, comumente, se faz entre as hipóteses de nulidades, equiparando-se as nulidades aos vícios, passando-se a dividi-las em *sanáveis* e *insanáveis*. A rigor, o que se está afirmando, com esse tipo de denominação, ainda que implicitamente, é que toda nulidade constituiria um *mal em si mesma*. Não fosse assim, não se afirmaria que algumas hipóteses de nulidades seriam *sanáveis*.

No ponto, seria melhor falar em sanabilidade dos vícios e não, propriamente, em sanabilidade das nulidades⁸, as quais, é importante destacar, não constituem vícios *no* e *do* processo. Cabe destacar que esse modo de ver a matéria (a nulidade, como exercício de manobra tumultuária) não é, tecnicamente, o mais correto nem mesmo o mais desejável, ainda mais se analisada a questão sob o ponto de vista político, que incide com maior força na seara penal se comparada à processual civil. Ao nunca se decretar a nulidade (ou só pronunciá-la em último caso), por sempre se interpretá-la como estratégia jurídica, sobretudo quando suscitada pelo acusado, corre-se o risco de permitir o prosseguimento de persecuções penais ilegítimas, que podem acarretar punições ilegítimas e/ou excessivas.

1.1.1.2. Da indevida utilização da nulidade para frear uma persecução necessária e legítima.

Paralelamente à equivocada concepção, que vê sempre na nulidade um mal, ou algo muito indesejável - o que apenas acaba desprotegendo as partes (principalmente o acusado) - não há como negar que também a teoria das nulidades pode ser utilizada de modo equivocado, em sentido inverso, isto é, para *superproteger* alguém, como poderia ocorrer caso se anulasse um desvio absolutamente insignificante.

⁸ Por isso, não se mostra mais apropriada a nomenclatura usada pelo Código de Processo Penal de Portugal, que, no artigo 119º fala em nulidades insanáveis e no artigo 121º fala em sanação das nulidades. O que se sana é o vício, e não a nulidade.

Ora, dependendo do caso, o pronunciamento da nulidade pode sim implicar um engessamento do processo, de modo a frear e/ou impedir uma persecução legítima e absolutamente necessária, tornando determinados indivíduos, praticamente, uns intocáveis.

O que pode ter uma conotação política oposta ao fenômeno descrito acima (de uma relativização de direitos), para que a nulidade seja utilizada para absolutizar direitos.

Mesmo que se argumente que isso ocorra em menor medida, já que os problemas envolvendo a nulidade, em sua maioria, se dão, justamente, para desproteger o imputado, não se pode fechar aos olhos para o mencionado. Ainda mais porque o exposto pode ocorrer, e assim geralmente se dá, em casos peculiares, envolvendo, geralmente, pessoas muito poderosas, que têm condições de influir nas decisões da justiça.

Em um Estado democraticamente justo, a lei deve valer igualmente para todos. Ninguém pode estar nem acima ou abaixo dela. Todos devem ser responsabilizados pelos seus atos, na medida de sua culpabilidade, cumprindo não tornar a matéria das nulidades processuais uma ferramenta, de um lado, a favor da punição de muitos e, de outro, da impunidade de alguns poucos (tratamento privilegiado). Afinal, tratamentos diferenciados, quando despropositados e sem razão legítima, ferem, igualmente, a lógica do Estado de Direito Democrático, minando a confiança que os cidadãos têm na justiça e na legitimidade das decisões.

1.1.1.3. A teorização das nulidades não pode dar margem ao arbítrio: deve haver um mínimo de certeza quando haverá, ou não, ocorrência de nulidade.

“Introduzir-se no estudo do direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e de perversão, pois o direito pode ser *sentido* como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também *usado* como instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis”⁹.

A teorização das nulidades não pode ser tão imprecisa e fluida a ponto de permitir ao intérprete (aplicador da lei) escolher o que pode e o que não pode ser apurado, conforme o(s) interesse(s) do momento, seja perseguindo indevidamente, seja superprotegendo.

Aí residem os dois grandes perigos que a teorização das nulidades pode acarretar: se, de um lado, a nulidade pode dar margem a processos iníquos, submetendo o indivíduo a um julgamento muito distante do devido processo legal, por outro pode propiciar uma blindagem contra qualquer medida persecutória *legítima e necessária*.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 01.

A respeito dessa dualidade de situações que o tratamento jurídico das nulidades pode propiciar, bem expõe Mario Chiavario que “il rispetto delle regole per il compimento degli atti è, nel processo penale più spesso che altrove, fattore che dà efetività a essenziali garanzie a tutela dei diritti e delle libertà individuali. Peraltro, sono tali e tante, nel processo, le concatenazioni tra i vari atti, che ogni incauta previsione di invalidità – e soprattutto ogni leggerezza legislativa nel determinare le ripercussioni delle singole invalidità – può influire in modo anche fortemente negativo sulla tempestività e sulla correttezza degli svolgimenti processuali e delle decisioni giudiziarie e dunque, più in generale, sull’efficienza della giustizia”¹⁰.

Cabe só ponderar que nem só da incauta previsão do legislador podem advir os principais problemas com a matéria, já que muitos deles decorrem da sua má interpretação e aplicação pelo operador do direito. Tendo em vista o exposto, a matéria das nulidades, quando bem pensada e aplicada, constitui a chave para tornar o processo um instrumento ético e eficaz para a proteção de todos os envolvidos, quer do imputado, quer da suposta vítima; sem falar que interessa à sociedade uma persecução penal correta, justa e eficiente, que propicie uma adequada elucidação dos fatos, com a efetiva punição, ao final, dos reais infratores e o resguardo da inocência do injustamente perseguido. Afinal, isso é o que, em apertada síntese, se espera do processo penal.

Por isso, qualquer trabalho que se disponha a tratar da matéria em questão deve ter em vista todos esses riscos, de modo a procurar evitar a construção de uma teorização que possa contribuir para as deturpações e injustiças expostas acima.

Ainda que seja *tolerável*¹¹ a situação consubstanciada no fato de um culpado não ser punido se comparada à hipótese de um inocente vir a sê-lo, cabe convir que *nenhuma* das hipóteses é desejável, ainda mais quando a impunidade possa decorrer de um manejo equivocado da teoria das nulidades.

Poderia ser ponderado que, em qualquer estudo acerca de um instituto jurídico, a sua teorização pode levar a equívocos. Não obstante o exposto, o estudioso, sobretudo na seara penal, deve se precaver para que o seu estudo não potencialize equívocos e injustiças.

O argumento de que em qualquer teoria ou pesquisa sempre haverá equívocos não invalida a máxima de que, em qualquer trabalho, sobretudo acadêmico, sempre se deve perseguir o ideal de criar mecanismos aptos a minimizar, ao máximo possível, os desvios que podem advir com a sua interpretação/aplicação.

¹⁰ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 3.^a ed. Torino: UTET Giuridica, 2007, p. 276.

¹¹ Como afirma Marcos Alexandre Coelho Zilli: “não se nega que a absolvição de um culpado longe está de constituir situação confortável e aceitável” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 159).

1.1.2. Da necessária análise dos institutos processuais penais à luz do direito penal.

Pois bem, visando construir uma correta teorização da teoria das nulidades no processo penal, mostra-se importante começar o seu estudo, neste primeiro capítulo, por meio da análise de algumas questões preliminares, sem as quais não seria possível iniciar, a contento, a análise da matéria em apreço.

Entre estas questões, coloca-se o estudo do próprio direito penal.

Tratar da origem do direito penal e para o quê ele serve mostra-se importante para entender um pouco de processo penal, bem como qual deve ser o funcionamento de seus institutos, entre eles o das nulidades processuais penais.

Sobretudo nessa matéria, a análise do direito penal se mostra, desde logo, muito pertinente, pois, geralmente, no estudo das invalidades processuais penais, são utilizados conceitos e classificações próprios e mais peculiares ao direito processual civil. Não que essa aproximação seja equivocada. Absolutamente. Há institutos muito próximos em uma e outra esfera, lembrando que é útil, muitas vezes, uma análise conjunta, de teoria geral do processo. Contudo, pode haver qualquer exagero nisso, esquecendo-se os estudiosos que o processo penal, justamente por ser instrumento de aplicação do direito penal (e não do direito civil), guarda peculiaridades que, algumas vezes, tornam a matéria muito diferente em uma e outra seara, a começar pela sua conotação política. O estudo de qualquer instituto jurídico processual penal não pode prescindir da análise do direito penal, já que o processo nada mais é que um instrumento para uma possível e *eventual* concretização do direito penal¹², que não serve só para a punição, mas, sobretudo, para proteger e resguardar direitos e liberdades. É imprescindível tratar do direito material penal, mesmo porque seria de pouca utilidade afirmar - mormente em matéria de nulidades, que tem íntima conexão com as formas jurídicas - que o processo é um instrumento destinado a um fim (ou melhor: a alguns fins) se não se sabe muito bem ao certo qual (ou quais) seria (m) esse (s) fim (ns). A esse respeito, muito feliz é a lição de Jorge de Figueiredo Dias, ao afirmar que “o direito processual penal constitui *uma parte do direito penal*. O direito processual e o direito substantivo penal formam uma *unidade*”¹³.

¹² Destacando a importância da análise do direito penal para o estudo do processo penal: PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale – Teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1963, p. I.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão da 1ª edição), p. 23. “A conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na aceção do direito processual penal respectivo. E não só, acrescente-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1, p. 28-29).

Do exposto, direito processual e direito penal formam um único e incindível “direito penal ‘total’”¹⁴, que, por isso mesmo, deve ser analisado em sua integralidade.

Como bem sintetiza Tiago Cintra Essado, “um não existe sem o outro”¹⁵.

Claus Roxin, na Alemanha, afirma que “la relación del Derecho procesal penal con el *Derecho penal material* es mucho más estrecha que con los demás derechos procesales. (...) En la práctica, un orden jurídico-penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el Derecho material (esto es, especialmente, para las consecuencias jurídicas dispuestas conforma a él) (...) Por ello, el Derecho penal material y el Derecho procesal penal se corresponden estrechamente, como siempre ha sido el caso tanto en la teoría y en la investigación, como en la práctica jurídica”¹⁶.

Por isso que, entre nós, Mariângela Gama de Magalhães Gomes sustenta que “o direito penal é, por excelência, um direito judicial”¹⁷.

Há peculiaridades no direito penal que se comunicam de tal modo ao processo, conferindo-lhe um aspecto todo diferenciado, por exemplo, em relação ao processo civil, o que acaba repercutindo no modo como são tratados seus institutos, entre eles as nulidades.

No processo penal, em especial, encontra-se em jogo a liberdade do imputado.

Assim, se, por um lado, as formas oferecem meios para que seja implementada e efetivada a persecução penal (indiscutivelmente, uma ameaça para o imputado), por outro, em muitas ocasiões, e até mesmo de modo concomitante (função dual das formas penais¹⁸), também representam uma proteção ao indivíduo, servindo de freio contra a indevida ingerência estatal nas esferas de liberdade do cidadão. O direito penal se caracteriza pelo exercício de um dever poder que, para sua própria legitimação, deve, constantemente, se censurar, ou melhor, autolimitar.

Essa dualidade, de certa forma, dá o tom de como deve ocorrer o tratamento da matéria das nulidades no processo penal, que, certamente, não pode propiciar impunidade gratuita, mas também não pode permitir uma ampla relativização das garantias penais.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1, p. 24.

¹⁵ ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 15.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25.ª edición alemana: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 06-07.

¹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 177

¹⁸ Dada essa dualidade do direito e do processo penal (de ameaça, autolimitada por proteção), às vezes se tem em vista apenas a visão protetiva. Contudo, essa visão não é a mais adequada, já que se mostra parcial, pois o processo, ainda que se revista de uma proteção, constitui, indiscutivelmente, uma ameaça sempre latente à liberdade do cidadão imputado. Caso contrário não se falaria, corretamente, que o processo, por si só, já constitui uma pena, um constrangimento. Não lhe pode ser negado esse aspecto.

Não por acaso, em âmbito penal, mostra-se imprescindível uma formalização muito mais precisa, forte e detalhada do direito se comparada com a formalização do direito em outras disciplinas jurídicas, o que repercute, indiscutivelmente, no estudo das nulidades, que têm uma ligação profunda com as formas jurídicas.

O formalismo penal (tanto do direito quanto do processo) adquire contornos diferentes do formalismo no restante do direito, e assim deve ser, para proteção de todos os cidadãos. Por isso, fazer uma análise prévia do formalismo penal é importante, já que a matéria das nulidades processuais, em regra, está muito relacionada ao modo como são disciplinadas as formas jurídicas. Na verdade, o vício da forma pode indicar a violação ou mesmo a colocação em risco de algum valor, o qual, em realidade, dá ensejo à nulidade, já que, muito mais que formas, a nulidade visa resguardar valores.

1.1.3. Do prévio estudo da conformação social e política do Estado e o seu impacto no processo penal, bem como em seus institutos jurídicos.

“... não há ciência jurídica neutra e infensa aos influxos sociais, políticos e econômicos da comunidade da qual nasce e para a qual se destina. E, em toda a ciência jurídica, a área processual penal é a mais sujeita àqueles influxos. São eles que de fato a conformam e norteiam sua interpretação e sua aplicação”¹⁹.

Seguindo orientação acima, de Maurício Zanoide de Moraes, o primeiro capítulo não poderia iniciar sem que antes fossem analisadas, como ponto de partida, algumas premissas que norteiam o nosso Estado, as quais, invariavelmente, acabam influenciando o processo, bem como o tratamento da matéria objeto de estudo.

A esse respeito, ensina João Mendes de Almeida Júnior que “as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”²⁰.

Hoje, já é consenso e lugar comum entre os estudiosos que o processo penal constitui o termômetro das opções políticas e ideológicas de um povo, funcionando como

¹⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 121.

²⁰ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I. 4.^a ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 13.

sismógrafo da sua Constituição, como assevera Claus Roxin²¹. Enfim, o processo penal sofre muito da conformação política e moral do Estado²².

Como expõe a doutrina, o processo penal é um microcosmo no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização política do Estado²³.

Há, no processo penal, o problema fulcral da relação entre o indivíduo com o Estado interventor e, em certo sentido, como afirma Ada Pellegrini Grinover, “sua história não é senão o produto flagrante da transação destas duas forças vetoriais”²⁴.

Dessa forma, “o modelo de relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”²⁵.

Como não poderia ser de outro modo, as nulidades também sofrem muito dessa influência (política), a qual não só conforma a sua teorização, mas também se estende a toda a sua aplicação prática. Não se descuide que, em um Estado de feição mais autoritária, o tratamento das nulidades será de um jeito e de outro no de vertente democrática; e isso já é esperado, pois o direito e o processo penais constituem as armas mais fortes do Estado, sendo o processo, nesse sentido, até mesmo mais importante que o próprio direito penal, para a tutela da liberdade do cidadão. O processo é a sua “garantia fundamental máxima”²⁶.

“Como já expressava Galdino Siqueira, em Curso de Processo Criminal, S. Paulo, 1910, pág. 22, ‘o processo penal, embora se trata de direito adjectivo, está muito vinculado ao direito político, nas determinações fixas por este a respeito do exercício das liberdades. O processo penal é mais importante para a liberdade de que o direito penal. De facto, se à sanção das leis punitivas pode eximir-se o cidadão que se abstenha de praticar o facto, capitulado de delituoso, o mesmo não se dá relativamente às insídias de um processo que não se preste a garantir suficientemente a inocência”²⁷.

Na verdade, tem-se um trinômio inseparável entre Estado, direito penal e processo penal: o modelo de Estado (maios ou menos autoritário) influencia o direito penal que, por sua vez (não necessariamente nessa ordem), conforma um determinado modo de processo.

²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 10. Em Portugal, utilizando-se o termo sismógrafo: VEIGA, Catarina. *Considerações sobre a relevância dos antecedentes do arguido no processo penal*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 18. Na Argentina, destacando essa reciprocidade entre Constituição e processo penal: BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 26-27.

²² “In nessun campo, come in quello del processo, é possibile notare tutti gli aspetti giuridici, politici e morali del problema della società umana, che è il problema della conciliazione della libertà con la giustizia” (PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. III).

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 24.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as intercepções telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 66.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 50.

²⁶ SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 174.

²⁷ VEIGA, Catarina. *Considerações sobre a relevância dos antecedentes do arguido no processo penal*, p. 33, nota de rodapé n. 40. O trecho original, de Galdino Siqueira, pode ser consultado em: SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2.^a ed. São Paulo: Magalhães, 1937, p. 13.

Ensina Antonio Carlos da Ponte: “a ciência do Direito não é neutra, pois está a serviço de uma determinada forma de Estado (...) quando se cogita da existência de uma ideologia penal, deve-se perquirir qual o papel por ela defendido às penas e aos delitos”²⁸.

Ao tratar dessas questões, deixa-se explícito, no trabalho, porque, sobretudo em processo penal, o tratamento e a teorização das nulidades processuais penais devem ser de um modo, e não de outro. Um dos principais objetivos deste capítulo é o de justamente expor os norteamientos políticos e ideológicos que embasam o presente estudo.

É importante expor, desde logo, determinadas tomadas de posições prévias já que como ensina e aconselha Maurício Zanoide de Moraes, “o sistema processual representa a porção do ordenamento jurídico mais sensível aos influxos sociopolíticos do país e do momento histórico de sua concepção. Assim, a análise de qualquer ponto daquele ramo do ordenamento exige do estudioso, como procedimento anterior, uma tomada de posição sociopolítica e técnico-jurídica diante do processo”²⁹. A exposição será útil para o leitor entender porque algumas posições serão tomadas ao longo dos próximos capítulos no que tange ao tratamento e às soluções conferidas às nulidades no processo penal.

1.2 A formalização do sistema penal e a tutela generalizada de todos os indivíduos.

Para os que se indagam acerca da razão de haver um formalismo processual penal tão rígido e com tantas garantias se comparado ao processual civil, uma explicação inicial deverá começar pelo estudo das razões de existir do próprio direito penal (por meio de sua institucionalização) e, depois, das razões históricas do formalismo penal (tanto no direito quanto, em um segundo momento, no processo penal), o que tem especial reflexo na forma do processo penal atual. Neste tópico cuidaremos dos motivos que tornaram necessária a formalização do direito penal (legalidade dos delitos e penas). Mais adiante, no tópico 1.4, serão tratados dos fatores históricos que, em uma segunda etapa, tornaram imprescindível uma formalização muito maior do sistema penal, não só mais taxativa do direito penal (legalidade penal), mas, sobretudo, do próprio modo de ser do processo: o que será útil para demonstrar que, às vezes, só a formalização do direito penal (embora seja importante), tratada no tópico 1.3, não fornece qualquer garantia sem um devido processo penal.

Somente mediante uma análise global das razões que suscitaram a formalização e o desenvolvimento do direito penal é que será possível compreender porque o processo penal demanda uma necessidade muito maior por segurança jurídica, isto é, de modo muito

²⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146-147.

²⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 70.

mais pungente, se comparado, por exemplo, ao processo civil; o que também justifica um tratamento todo peculiar e diferenciado da teoria das nulidades processuais.

Nesse sentido, pode-se dizer que o formalismo processual penal nada mais é que uma decorrência do formalismo penal.

1.2.1 A institucionalização do direito penal para conter a barbárie decorrente de um modelo de “justiça privada”.

A institucionalização do conflito penal, por meio de um direito punitivo, mostrou-se uma conquista em termos de ganhos civilizatórios, que ainda hoje é algo irrenunciável.

Embora sempre seja possível idealizar um sistema punitivo melhor, quer dizer, mais humano e justo, não é crível pensar na existência de uma alternativa ao direito penal (enfim, de algo melhor a ele), como querem as doutrinas abolicionistas.

Em uma explicação muito simples e sintética, o direito penal foi instituído diante da necessidade de conter o caos punitivo então reinante nas sociedades primitivas, já que - sem alguma formalização do direito, mediante a centralização de um poder punitivo -, a violência e a brutalidade imperavam em meio à desordem, ínsita a um sistema orientado pela justiça privada. Basileu Garcia bem demonstra os inconvenientes de um modelo de justiça assim, naturalmente violenta e acompanhada de todos os excessos, em que o ofendido agia contra o seu agressor de modo emocional e totalmente desproporcional: não raras vezes, o que era para ser um dissídio limitado às partes acabava virando um conflito de todos contra todos, o que só gerava mais guerra, ódio e violência³⁰.

O sistema penal, portanto, foi criado e pensado para resguardar a segurança e a liberdade dos indivíduos envolvidos na controvérsia penal e, por via reflexa, de todos os membros da sociedade, já que, no velho sistema de vingança privada, também terceiros poderiam sofrer com a grande incerteza na aplicação dos castigos: não raro, se dava de modo coletivo. À evidência, sistemas assim não tinham como oferecer qualquer tipo de garantia, já que, na resolução do embate, prevalecia sempre a vontade do mais forte.

Sendo assim, naqueles tempos mais primitivos, obviamente, não teria como existir qualquer noção de individualidade da culpa, de maneira que o ataque a um representava uma ofensa a todo o agrupamento social: o inimigo de um virava inimigo de todos³¹. Punições coletivas, sangrentas e exemplares constituíam a regra absoluta.

Só com o passar do tempo que se atingiu um estágio de relativo progresso, procurando-se obter um estado de equilíbrio entre a ofensa praticada e a resposta conferida.

³⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Vol. 1, tomo 1. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 07.

³¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 11.

Chegou-se, assim, à pena de talião (olho por olho, dente por dente), a qual - embora hoje se mostre algo questionável do ponto de vista lógico³² - constituiu, à época, um importante passo rumo à racionalização do poder punitivo³³, por visar imprimir um pouco de racionalidade e proporcionalidade entre a ofensa praticada e a resposta conferida.

De todo modo, o direito na Antiguidade mantinha uma concepção essencialmente religiosa, punindo-se o agente por meio da vingança de sangue, pois, caso contrário, segundo se imaginava, “a sociedade jamais voltaria a gozar de tranqüilidade”³⁴.

Nessa esteira, segundo afirma Heleno Cláudio Fragoso, a reação punitiva, para a época, tinha um caráter sacral, pois a “vingança de sangue exercida pela vítima ou seus parentes é dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade. A pena é, assim, expiação religiosa”³⁵. Pouco a pouco, entretanto, percebeu-se o quão inseguro e temerário seria um sistema como esse, baseado ainda na ideia de punição³⁶ privada, deixada exclusivamente ao arbítrio e nas mãos dos particulares, o que acarretava inúmeros problemas, pois, afinal, “ninguém é bom juiz em causa própria (*nemo iudex in rem sua*)”³⁷.

Para proteção de todos, que ficavam à mercê do caos punitivo, devido a condições políticas e sociais favoráveis e convergentes, houve um lento e gradativo processo de centralização do poder, com uma crescente monopolização da resolução dos conflitos.

Deu-se, assim, paulatinamente, em épocas afastadas e distantes da história (que aqui não seria possível precisar exatamente³⁸), o surgimento de um incipiente direito penal,

³² “É precisamente esta idéia de correspondência entre a soma da ofensa e da resposta retributiva uma das dificuldades práticas de maior envergadura do castigo penal, posto que esta exata equivalência ou igualdade, tão buscada em teoria, de fato é inviável. A maior parte das vezes, a idéia talionar, *olho por olho, dente por dente* -, de trato igualitário, mostra-se totalmente irrealizável. A única ofensa suscetível de uma resposta completamente equivalente seria o homicídio. O resto delas – violação, chantagem, delitos de falsificação, violação de sepulturas, etc. – não seria retribuível com a mesma moeda. E se se paga com unidades de medidas diferentes, como comparar umas com as outras? Que quantidade de laranjas equivaleria a determinada quantidade de maçãs? Que equivalência haveria entre um olho velho e um jovem, ou entre um olho míope e outro hipermetrope?”. (FALCÓN Y TELLA, Fernando & FALCÓN Y TELLA, María José. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008, p. 185).

³³ “A pena de talião, embora hoje se nos afigure brutal, significa indiscutivelmente uma conquista” (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Vol. 1, tomo 1, p. 08).

³⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 4.ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 70.

³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualização: Fernando Fragoso. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32. Nesse mesmo sentido, apontando uma origem mística e religiosa da pena: DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 123.

³⁶ Aníbal Bruno contesta que a reação contra o agressor seria uma pena, constituindo mais um ato de guerra de uma tribo contra o membro de outra. Discorre o Autor que somente mais tarde, com a complexidade dos clãs, é que a vingança passa a ser uma reação contra o crime. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33).

³⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 30.

³⁸ A respeito dessa imprecisão entre as fases de vingança religiosa, privada e pública: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 19.ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 72.

mais formalizado, cujo objetivo foi conferir maior segurança e liberdade para todos, em prol do desenvolvimento individual e social. Nesse sentido, bem afirma Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, ao tratar da origem das penas:

“Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em continuo estado de guerra e de gozar uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranqüilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. Não bastava, porém, formar esse repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrutínio a própria porção mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários *motivos sensíveis* suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Digo *motivos sensíveis*, porque a experiência mostrou que a multidão não adota princípios estáveis de conduta, nem se afasta do princípio universal de dissolução do universo físico e moral, senão por motivos que imediatamente afetam os sentidos e que sobem à mente para contrabalançar as fortes impressões das paixões parciais que se opõem ao bem universal. Nem a eloqüência, nem as declamações, nem mesmo as mais sublimes verdades bastaram para refrear por longo tempo as paixões despertadas pelos vivos impactos dos objetos presentes”³⁹.

1.2.2 Direito penal: tutela de todos, não só do ofendido, mas também do ofensor.

Aos poucos, foi se delineando um sistema de resolução de conflitos cada vez mais centralizado e formalizado. Ao direito penal foi sendo conferida a função privativa e quase que exclusiva de repressão e prevenção dos delitos⁴⁰.

O direito penal foi pensado para melhor garantir a liberdade e a segurança dos indivíduos, pois, ao reprimir o crime, por meio da punição, acaba tendo efeito dissuasório,

³⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 27.

⁴⁰ Não se desconsidera a controvérsia envolvendo a efetividade da função preventiva da punição, mormente no seu aspecto geral negativo, isto é, de que se conseguiria dissuadir a generalidade das pessoas de praticar atos delituosos. De toda forma, não obstante a polêmica, Fernando Falcón y Tella e María José Falcón y Tella têm razão quando discorrem que “é difícil negar com bases sólidas a idéia de que as sanções penais podem intimidar, pelo menos a certos delinqüentes em potencial. Quando a polícia entra em greve ou quando *está* imobilizada por uma razão ou outra, a criminalidade aumenta de maneira significativa. Este é um dado em sentido comum. Quem pretenderia que os motoristas continuassem respeitando a regulamentação sobre o estacionamento se se cessasse a imposição de multas” (FALCÓN Y TELLA, Fernando & FALCÓN Y TELLA, María José. *Fundamento e finalidade da sanção*, p. 205). Entre nós, Miguel Reale Júnior também adverte que “não é possível fazer experiência sobre o efeito intimidativo da pena, porém, em recente greve de policiais militares, na Bahia, viu-se o aumento significativo dos saques e furtos” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 54).

prevenindo, em grande parte, a prática de novos crimes, garantindo a segurança e liberdade de todos, isto é, dos que delinquem e daqueles que não delinquem

Em suma, o direito penal foi e é imprescindível para a manutenção da vida social. Não se pense, contudo, que o direito penal foi pensado para efetivar a proteção apenas de determinados indivíduos (como, por exemplo, tão somente das vítimas⁴¹).

Aos infratores também interessa a formalização de um direito penal, por mais paradoxal que isso possa parecer, já que, sem um direito penal formalizado, a liberdade e a própria vida deles ficariam à mercê do senso de justiça do lesado/justiceiro.

O direito penal, portanto, não se justifica só para proteção da vítima, mas também serve para a preservação da integridade física e da liberdade do indigitado infrator. O seu destino também não pode ficar atado ao ímpeto de vingança, ou do senso de justiça, da vítima e das pessoas que lhe são solidárias, já que o rol de reações e represálias é extenso e incontrolável (linchamento, escravidão, sevícias sexuais, mutilação, tortura, execução, etc).

Portanto, um primeiro dado importante ao tratar do direito penal, dos fins do direito penal, o que tem especial ressonância no processo, é que o direito penal se justifica na medida em que serve para minimizar todo e qualquer tipo de violência desnecessária: frise-se, não só a violência decorrente da prática dos delitos, mas, também – *ou melhor, talvez principalmente* - a proveniente dos castigos excessivos e cruéis, que, antigamente, eram tendencialmente arbitrários e desproporcionais⁴².

Nesse exato sentido, a institucionalização do direito penal acaba tendo uma dupla finalidade preventiva: não só dos delitos, mas também das punições injustas, arbitrárias e desproporcionais, como bem ensina Luigi Ferrajoli.

“Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”⁴³; “... o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas”⁴⁴; “mais ainda: somente o segundo objetivo, ou seja, a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, é válido para distinguir o direito penal dos outros sistemas de controle social – de tipo policialesco ou disciplinar, ou talvez até terrorista – que, de forma mais ágil e provavelmente mais eficiente, teriam condições de

⁴¹ Neste trabalho, será utilizado, indistintamente, o termo vítima, ofendido, pessoa ofendida, lesado, prejudicado. Para verificar a diferenciação doutrinária: GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004, p. 15-27; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 320-321, nota de rodapé n. 87; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 79-81. Para uma análise criminológica do conceito: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 50-55.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p.. 270.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 268.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 269.

satisfazer o objetivo da defesa social, em relação ao qual o direito penal mais do que um meio revela-se um custo, ou ainda, em se desejando, um luxo próprio das sociedades evoluídas”⁴⁵

Como visto, punições marcadas pela extrema violência e arbitrariedade sempre foram propícias e recorrentes em sistemas orientados pela vingança privada, nos quais a resolução do caso era deixada inteiramente ao arbítrio dos envolvidos.

Como lembra Antonio Scarance Fernandes, com a “justiça” privada, havia o risco de ocorrer o massacre de uma tribo pela outra e o perigo sempre presente de, em cada agrupamento humano, seus indivíduos passarem a eliminar uns aos outros, sendo imprescindível delinear-se alguma forma de direito, ainda que rudimentar⁴⁶, por meio da instituição de limites e regras que visassem a limitar um pouco o arbítrio reinante.

A passagem desse tipo de justiça, em que imperava a autotutela, para um sistema público de justiça em que um terceiro alheio ao conflito passaria a solucionar o caso bem demonstra o objetivo do que viria a ser concebido mais tarde como processo, tal qual se conhece hoje: evitar a prática de violência pelas próprias mãos⁴⁷, a qual só acabava gerando ainda mais violência, acarretando um círculo vicioso⁴⁸.

Na verdade, é somente com o processo, mediante a dissociação entre o juiz e parte lesada, que se dá um passo significativo para concretização e nascimento de um verdadeiro direito penal, em prol da contenção das violências⁴⁹.

Evidentemente, essa evolução não se deu de uma hora para outra. Inicialmente, nos primórdios, como bem apontam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, remetia-se a solução do caso para a análise de um sacerdote ou de um ancião, este por conhecer melhor os costumes do grupo e aquele por, supostamente, receber mensagens do *Além* ou mesmo orientações de Entidades⁵⁰.

Depois, gradativamente, o poder de resolução do conflito foi passando a se centralizar na figura de alguém, de um líder (imperador, rei, príncipe) ou mesmo de um de seus representantes. Assim, em um primeiro momento, os litigantes compareciam perante um representante estatal, o pretor, que concedia o encargo de decidir a causa a um árbitro; este, em um primeiro momento, era livremente escolhido pelas próprias partes, mediante

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 270.

⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002, p. 49.

⁴⁷ Conforme ensina Fernando da Costa Tourinho Filho: “O direito de ação encontra, pois, seu fundamento na proibição de se fazer justiça com as próprias mãos” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 1. 32.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25).

⁴⁸ “Na realidade, a *justiça pelas próprias mãos* nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. (...) A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da penal*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2007, p. 56-57).

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 269.

⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22.^a ed. São Paulo: RT, 2006, p. 27.

um compromisso denominado *litiscontestatio*⁵¹; não por outra razão, por muito tempo foi forte a concepção de equiparar o processo a um contrato, ou quase-contrato⁵², descrevendo-se a sua natureza jurídica desse modo. Mais tarde, até mesmo a escolha do árbitro coube ao pretor, passando o sistema a ser ainda mais concentrado.

Migrou-se de um modelo de arbitragem de cunho facultativo para um de resolução de conflitos de feição propriamente mais compulsória. Para um controle mais objetivo da aplicação do direito, houve a necessidade de serem estabelecidas regras. Surge, assim, a figura do legislador, ainda que tardiamente à do magistrado, como bem anota a doutrina⁵³. A Lei das XII Tábuas (450 a.C.) foi um marco, nesse sentido, constituindo positiva limitação da violência e da vingança privada: previram-se, de forma específica, os crimes privados, tendo-se instituído a lei do talião e a mediação como um importante instrumento capaz de apaziguar os espíritos e, assim, evitar ou minimizar a vingança⁵⁴.

Finalmente, o Estado passa a decidir as causas diretamente, sem a necessidade de nomear um árbitro. Essa fase data do século III d. C., sendo conhecida como *cognitio extra ordinem*, constituindo o modelo de processo que – feitas algumas ressalvas, dado o seu viés preponderantemente inquisitorial⁵⁵ – mais se aproxima do que se conhece hoje⁵⁶.

Conforme expõe Claus Roxin, “el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos (...) entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que

⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 28.

⁵² É bem verdade que essa possibilidade (eleição de árbitros) estava mais relacionada às causas cíveis. Contudo, não seria equivocado destacá-la aqui, já que, nos primórdios, não havia uma nítida separação entre ilícito penal e civil, observando-se que alguns fatos que hoje são qualificados como crimes (como o furto, por exemplo) eram, àquela época, considerados delitos privados. Nesse sentido, é pertinente a observação de que “se pode entender a comum afirmação de que o processo civil romano foi construído sobre a concepção de direito penal; direito penal privado, no caso. Ilícitos penais que, não obstante possuíssem uma tênue diferença com os ilícitos civis, recebiam o mesmo tratamento legal para processamento e julgamento, por meio das várias modalidades de ‘*actio romana*’” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 06).

⁵³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 26.

⁵⁴ Nesse sentido, consulte-se: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 34.

⁵⁵ “Nasceu assim com a *cognitio extra ordinem*, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido *ex officio*, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe (os *irenarchi*, os *curiosi*, os *nunciatores* e os *stationarii*), baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 453).

⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 28-29. Maurício Zanoide de Moraes expõe que a *cognitio extra ordinem* surgiu no final da República e início do Império, convivendo, no início, com outros sistemas, vindo a ser a única forma processual na fase pós-clássica. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 02 e 18).

posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento”⁵⁷.

Evidentemente, tal concentração de poder trouxe problemas (haja vista os abusos), o que demandou a necessidade de se instituírem maiores garantias; contudo, ainda assim, se mostrou algo muito melhor e preferível ao que havia antes (completa anarquia), imprescindível para permitir o desenvolvimento do indivíduo e da vida em sociedade.

Do monopólio do poder de punir (formalismo penal) nasce para o Estado o dever de solucionar a controvérsia mediante um processo pautado em regras, que, aos poucos, dada a necessidade de maior proteção e segurança, foram se tornando mais claras, precisas e efetivas. Nesse sentido, o formalismo processual se coloca como um segundo passo imprescindível ao próprio formalismo penal, de modo a propiciar a segurança e liberdade dos indivíduos, escopos da institucionalização do sistema penal.

Como afirma Miguel Reale Júnior, “os pressupostos do direito penal e os fins que busca apenas podem ser efetivamente respeitados por meio do processo justo”⁵⁸

Pode-se afirmar que, desde então, o direito penal, cada vez mais, passa a não ter “atuação nem realidade concreta fora do processo”⁵⁹.

A punição eventualmente aplicável não mais decorria da reação incerta e aleatória da vítima – ou mesmo de familiares e pessoas solidárias – mediante o “acerto de contas”, mas ficava a depender da apuração do fato em meio de um processo, cuja resolução era confiada a um representante estatal, um terceiro, em tese, desinteressado.

Só com isso já se minimizaram muitas injustiças, pois a resolução do caso, se deixada à sorte das próprias partes, implicava diversas iniquidades, pois quem ditaria as regras do jogo sempre seria o mais forte; o que implicava, por um lado, impunidade (caso o mais forte fosse o agressor) e, por outro, em punição excessiva, podendo a punição recair até mesmo em pessoas inocentes, alheias ao conflito (responsabilização objetiva/coletiva).

É correto dizer, conforme expõe Miguel Reale Júnior, que o dever-poder punitivo estatal acaba sendo “uma decorrência da ‘natureza das coisas’ da vida associativa, que sucumbe na anarquia se não houver uma centralização da produção e imposição de normas sancionadoras, anarquia que não atinge apenas a associação ou o Estado, mas também os consorciados, que ficariam sujeitos, de forma indesejável e perigosa, e sem limites, à ação da força de diversos grupos, inviabilizando-se a co-existência em sociedade”⁶⁰. Já ao seu

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 02.

⁵⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. “Simplificação processual e desprezo ao direito penal”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 5, n. 9, jul.-dez./2008, p. 304.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.03. A vingança privada não cessou completamente, sendo que, ao longo dos tempos (Idade Média, Moderna e mesmo Contemporânea), foi (e, em alguns lugares, ainda é) admitida; os países mais civilizados a punem, deixando pouca margem para a autotutela.

⁶⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, p. 19-20.

tempo, afirmava isso Tobias de Barreto, que “o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social, por força do seu proprio desenvolvimento”⁶¹

Na verdade, todos ganham com a institucionalização da controvérsia penal.

A vítima se sente protegida, pois, uma vez apurada a culpa do infrator, o Estado se encarrega da punição, dispondo de meios não só efetivos, mas também mais eficazes para concretizá-la. Também o acusado é tutelado, pois a sua conduta passa a ser apurada por um terceiro desinteressado, em meio a um procedimento (ainda que inicialmente rudimentar), o que, por si só, constituiu um avanço se comparado ao que vigorava antes. Ainda que o acusado seja culpado e venha a ser condenado, há de se convir que as consequências penais lhe são mais vantajosas e previsíveis, havendo limites ao poder de punir (com a legalidade das penas), o que, como regra, inexistia antes (reação incontrolável).

Portanto, frise-se: mesmo em caso de punição, o sistema continua a ostentar um caráter garantista e protetivo em relação ao próprio apenado.

É equivocado pensar que o direito penal violaria a dignidade humana do agressor, por, supostamente, instrumentalizar a sua punição em prol de outrem (da vítima ou da sociedade), **já que também o infrator apenado é tutelado pelo direito penal.**

Do exposto, a institucionalização do direito penal não entra em conflito com o princípio kantiano de que ninguém pode ser instrumentalizado em favor de um fim⁶².

O sistema penal, mormente quando construído em leis claras, constitui uma garantia de liberdade e segurança para a generalidade dos indivíduos (sejam delinquentes ou não), quer por (i) prever quais são as condutas passíveis de punição (legalidade dos delitos), demarcando, assim, com maior precisão, até onde vai a liberdade de cada um, quer por (ii) evitar que as penas sejam aplicadas sem uma prévia apuração (garantia do processo), evitando a punição de inocentes ou mesmo a punição exacerbada dos infratores.

Com a institucionalização do sistema penal, busca-se evitar, na medida do máximo possível, todo e qualquer tipo de violência desnecessária e desproporcional: não só a decorrente da prática do crime, mas, principalmente, a desproporcionalidade da reação punitiva proveniente da vingança do ofendido.

Sob todos esses aspectos, a lei penal, como bem afirma a doutrina, se apresenta como a “lei do mais fraco” contra o mais forte: ela protege, em um primeiro momento, a vítima contra a violência do delito e, por outro lado, o próprio suposto delinquentes agressor

⁶¹ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Brasília: Senado Federal (Conselho Editorial), 2004, p. 165.

⁶² “E isto basta para que a eventual justificação não entre em conflito com o princípio ético kantiano – que é também um critério metaético de homogeneidade e comparação entre meios e fins -, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como uma coisa, ou seja, como um meio para um fim que não lhe pertence. A pena, com efeito, como já dissemos, é justificada não apenas *ne peccetur*, ou seja, no interesse de outros, mas, também, *ne punietur*, vale dizer, no interesse do réu a não sofrer suplícios maiores” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 272).

(contra a arbitrariedade da vingança do lesado), **sendo a pena justificada como um *mal menor se comparável aos males decorrentes da anarquia punitiva***⁶³.

É importante ter em vista essas duas finalidades no processo.

Nem a acusação nem a defesa são donos do processo.

O processo não visa proteger apenas o inocente, ao resguardar a sua liberdade, mas, igualmente, o infrator (culpado), ao vedar penas excessivas e injustas, o que tem uma especial relevância à matéria em estudo, das nulidades. Muitas vezes, conforme poderá ser visto nos próximos capítulos, há a praxe de não se decretar uma nulidade, ainda que presente um vício processual e seja evidente a violação de um direito fundamental, sob o argumento de que a condenação seria inexorável: contudo, esquece-se que a finalidade do processo e do próprio direito penal **não reside nem se esgota apenas na discussão da culpa em si (pelo fato imputado), mas também se dirige à análise do direito**, sobretudo no que concerne à resposta justa e necessária (dosimetria da pena).

1.2.3 Direito penal: “um luxo próprio das sociedades evoluídas”⁶⁴.

“Podem phrases theoreticas encobrir verdadeira feição da cousa, mas no fundo punir é sacrificar, sacrificar, em todo ou em parte, o individuo ao bem da communhão social, sacrificio mais ou menos cruel, conforme o grão de civilização deste ou daquelle povo, nesta ou n’ aquella época dada, mas sacrificio necessário, que, se por um lado não se accomoda á rigorosa medida jurídica, por outro lado também não pode ser abolido por effeito de um sentimentalismo pretendido humanitário, que não raras vezes quer ver extinctas por amor da humanidade cousas, sem as quaes a humanidade não poderia talvez existir”⁶⁵

Haja vista todos os avanços descritos, não é possível ou mesmo crível abdicar do direito penal (e, conseqüentemente, do processo criminal) institucionalizado, pois, sem ele(s), haveria retrocesso, quiçá rumo à barbárie ou, talvez, a um sistema pautado na vigilância total, instituindo-se um cenário que, ao contrário do que deseja grande parte das correntes abolicionistas, fatalmente descambaria para um Estado de feição totalitária.

A respeito do exposto, Luigi Ferrajoli bem afirma que “o abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu

⁶³ A respeito disso, consulte-se: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 270-271.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 270.

⁶⁵ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*, p. 171-172.

complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista”⁶⁶.

Evidentemente, sabe-se que o sistema penal formalizado não é perfeito.

Aliás, na prática, nenhuma criação humana é isenta a críticas, o que não significa renunciar ao ideal de melhorar a realidade à volta. De fato, no sistema penal formalizado, há a previsão de inúmeras hipóteses de fatos típicos que não deveriam ser considerados ilícitos. De toda forma, ainda assim, é melhor existir algum tipo de previsão legal, isto é, que discrimine (ainda que, às vezes, debilmente) qual conduta é proibida e qual o limite de pena cominada, a, simplesmente, inexistir qualquer especificação nesse sentido⁶⁷.

Também com a formalização do direito penal, é inquestionável que pode ocorrer certo afastamento da vítima da resolução do caso, o que não é, de forma alguma, desejável. Nada impede que se admita, em hipóteses pontuais, a possibilidade de acordo entre ofensor e ofendido, como ocorre em algumas circunstâncias, no nosso ordenamento jurídico⁶⁸.

O que não se pode é, devido às inconsistências e aos problemas do direito penal, pretender abdicar do sistema punitivo formalizado, deixando a resolução do caso nas mãos dos envolvidos, sob a utopia abolicionista de que, entre os particulares, a controvérsia seria resolvida de uma forma melhor e mais efetiva.

A esse respeito, lembra-se que a história demonstra justamente o contrário.

Todas as vezes que se pretendeu implementar uma desfomalização do direito e do processo penal houve retrocesso. Na prática (basta passar os olhos pela história), sempre que se tentou instituir algo melhor ou diferente do direito penal formalizado, o que se viu foi justamente o contrário do que, originariamente, se alardeava.

Não raras vezes, houve um revigoramento de um *super Estado* (totalitário), pautado em um direito penal máximo (ainda que não formalizado, mas ainda assim direito

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 275. Também contra a ideia de abolicionismo penal: HASSEMER, Winfried. “Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal”. *Revista Penal*, Salamanca, n. 11, p. 40; ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luis Greco. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 03-05.

⁶⁷ Embora Ana Lucia Sabadell conteste a linha evolucionista e progressista do direito penal, isto é, uma linha condutora de conquistas, argumentando que houve, de fato, avanços e diversos retrocessos na história do direito penal (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, jul.-set./2002), não é possível negar que houve saldo final positivo, ou melhor, desenvolvimento, 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. “A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 310), 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 incontrolável).

⁶⁸ Conforme permissivo constitucional (art. 98, I, da Constituição de 1988) e as hipóteses elencadas na Lei 9.099/95 (juizados especiais criminais) e 12.850/2013 (colaboração premiada).

penal), *extremamente punitivo*, opressor e estigmatizante, onde sequer havia um modelo mínimo de legalidade dos delitos e penas⁶⁹.

1.2.4 Legalidade dos delitos e penas: repercussões no modo de ser do processo.

A legalidade dos delitos e das penas é uma conquista, em certo sentido, apenas recente (remonta ao direito romano⁷⁰), sendo absolutamente irrenunciável, para fins de segurança e proteção de todos. Para essa mesma proteção, é imprescindível que haja um processo, ao evitar que inocentes sejam punidos e que infratores sejam castigados de um modo arbitrário⁷¹. Como visto, o sistema penal é o que melhor cumpre o papel destinado a permitir o livre desenvolvimento do indivíduo, já que tem em vista “além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes”⁷².

Ter em consideração o exposto é importante, pois acaba refletindo no tratamento dos institutos processuais, entre eles, o das nulidades processuais penais, cuja técnica deve estar a serviço de uma maior racionalização do poder punitivo: frise-se, quer para punir quando se mostre necessário – cuja pretensão, no Estado de Direito Democrático, também é absolutamente legítima⁷³, quer para resguardar a inocência e a liberdade do acusado.

⁶⁹ “Em 22 de dezembro de 1919 são editados os princípios básicos do direito penal da República russa, que consideram o direito penal uma arma na luta pelos interesses das classes trabalhadoras, devendo as infrações ser interpretadas segundo os interesses da obra revolucionária. Esses princípios são estatuídos posteriormente pelo Código de 1922, que em seu art. 16 estabelecia a admissibilidade da analogia, com a incriminação de atos graves à sociedade socialista e à coletividade, anda que não previsto pela legislação. (...). O menosprezo ao formalismo, no campo penal, alcança seu ponto culminante no direito soviético, com a aceitação de que, mesmo ocorrendo a adequação típica, e embora estejam presentes formalmente as características prescritas na lei, pode o fato não ser delituoso, se dele não decorrer perigo ou consequências danosas ao Estado soviético e ao regime da ditadura do proletariado” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998, p. 26-27). A respeito do conceito (ou melhor, ausência de definição) de crime no direito soviético: FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Apontamentos sobre o conceito de crime no direito soviético”. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 5, 1964.

⁷⁰ Frise-se, no direito romano, havia mera legalidade, e não legalidade estrita, que será analisa mais à frente, no item 1.5. A respeito do assunto, vide: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 308.

⁷¹ No ponto, condenação justa, mas desproporcional, também constitui arbitrariedade, sendo que uma das razões para a institucionalização do direito penal (e do processo) foi também coibi-la. Por isso, no processo penal, não se discutem apenas questões de fato, mas, igualmente, questões de direito, em especial no que concerne à dosimetria de eventual reprimenda. Como ensina Antonio Scarance Fernandes, “interessa ao acusado, além da luta pela absolvição, pugnar também por tratamento mais favorável em relação à sanção punitiva” (FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 13).

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 267-268. Como pode ser visto, segue-se, à risca, a teoria de Luigi Ferrajoli quanto ao caráter preventivo do direito penal, não só dos delitos, mas também das reações punitivas. Embora não se concorde com as críticas de Paulo de Souza Queiroz à teoria de Luigi Ferrajoli, é interessante consultar suas críticas à teorização do Autor italiano: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 78-82.

⁷³ Lutar por um processo justo, por um direito penal menos doloroso e injusto, e, em casos especialmente graves, “brigar por tratamento humano até para o mais desumano dos seres não pode humanizar a atrocidade perpetrada. (...) Reconhecer a humanidade do criminoso e respeitar sua dignidade de ser humano não pode

Portanto, tanto serão inúteis aos propósitos para os quais foi pensado o direito penal aqueles sistemas pautados na ideia só do punitivismo, à custa, geralmente, de bodes expiatórios, ou de inocentes (direito penal máximo), assim como aqueles sistemas que, por meio de uma interpretação desarrazoada das garantias, impliquem – invariavelmente – a paralisia de toda e qualquer persecução penal: o que é inaceitável, segundo discorre Luigi Ferrajoli, um dos mentores da vertente mais moderna da teoria do garantismo penal⁷⁴.

Ambos esses radicalismos – (a) quer, por um lado, para sempre punir, inculcando fundado temor até mesmo no mais inocente dos homens⁷⁵, (b) quer, por outro, para nunca fazê-lo (o que pode se dar pela má estruturação da justiça: afinal, “onde a Justiça funciona mal, transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela”⁷⁶) – **acabam, mais cedo ou mais tarde, levando qualquer sistema penal à sua própria deslegitimação.**

Um Estado essencialmente punitivo, que visasse punir todo e qualquer crime, mediante a vigilância total, acarretaria diversas injustiças e todos acabariam pagando um alto preço com ele, mediante o sacrifício de todas as liberdades, o que não interessa a ninguém, além de constituir uma perigosa e irrealizável utopia. Por mais que se tente ou se queira, não há como (nem seria desejável) pretender extinguir o crime, o qual nada mais constitui que o *preço da liberdade*, conforme feliz síntese feita por Miguel Reale Júnior⁷⁷.

A utopia de uma sociedade sem crime implicaria, necessariamente, uma sociedade sem liberdade. O delito é uma realidade inexorável⁷⁸, presente em todos os tempos e em

implicar endeusar o crime” (PASCHOAL, Janaina Conceição. “Terrorista é criminoso. Criminoso não é coitado. Também não é herói”. *Revista Liberdades*, v. 3, 2010, p. 72-74).

⁷⁴ “A rigor, se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade ‘objetiva’ e se tomasse ao pé da letra o princípio do *in dubio pro reo*, as margens irredutíveis de incerteza, que caracterizariam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação, e, portanto, a paralisia da função judicial. Ou, ao contrário, poderiam gerar um resignado cepticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo e a avaliar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas. Estas duas posições são inaceitáveis” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 51).

⁷⁵ “... o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 441). Por isso, afirma Ada Pellegrini Grinover, “o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 27).

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

⁷⁷ “... o preço da liberdade é o eterno delito” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, p. 11).

⁷⁸ Com isso (com a asserção de que o crime sempre existiu e sempre vai existir) não se está afirmando que não se deva fazer nada para combater a criminalidade (ao contrário!). Em outras palavras, não é porque um fato ocorre com certa frequência na realidade (mundo do ser: exemplo, as taxas de homicídios) que isso (o fato, o homicídio) está correto (deve ser): afinal, atenta contra os valores civilizatórios mais básicos tirar a vida de alguém. Em outras palavras, não se obtém um valor de um simples fato (não é porque se mata que o ato de matar está certo), de modo que não é porque o crime ocorre invariavelmente que se deveria abolir a ideia de combatê-lo (abolindo-se todo e qualquer tipo de direito penal). Como ensina Miguel Reale: “do fato de que algo seja não se infere que deva ser” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 201).

todas as sociedades, ocorrendo por diversas razões. Obviamente, mostra-se impossível reprimir e prevenir a prática de todo e qualquer crime, dado o altíssimo índice de cifras negras (ou douradas: criminalidade elitizada)⁷⁹. Além do mais, o delito não tem uma base ontológica: os juízos de desvalor, do que pode ser considerado lícito/ilícito mudam de acordo com a cultura e o tempo. Nesse sentido, a punição não pode ser encarada na forma de um juízo final, ou de um imperativo categórico, em que a pena necessariamente deveria ser aplicada, conforme expunha Kant. De toda forma, especialmente os fatos mais graves não devem ficar impunes: quer porque, ao se punir, tutela-se a dignidade do ofendido⁸⁰ (apaziguando-se o sentimento de humilhação e inferioridade, e o desejo de vingança), quer porque, com a reprimenda, há um desestímulo à prática de novos atos dessa magnitude, constituindo a punição uma necessidade não só individual, mas social. O sistema penal – por mais paradoxal que pareça⁸¹ – justifica-se para conferir segurança e liberdade em prol de todos os indivíduos, tanto a liberdade dos que delinquem quanto a dos que seguem a lei.

Por seu turno, no outro extremo, um Estado que também nunca visasse à punição (ou, quando visasse, fosse muito moroso nesse mister) não seria a opção ideal ou o melhor caminho, pois a impunidade, certamente, causa revolta e, de certa forma, gera ainda mais violência, pois, inevitavelmente, legitima o surgimento dos justiceiros, aos olhos do povo.

Lembrando-se que o direito penal foi criado e instituído também para prevenir essas práticas questionáveis (justiça popular), cumprindo a ele, portanto, **muitas funções**.

Tudo isso deve ser devidamente analisado ao se cuidar da matéria de nulidades processuais penais, a qual, se mal aplicada, tanto pode levar à impunidade quanto pode acarretar punição ilegítima. Para que o sistema funcione adequadamente, o processo deve propiciar meios idôneos para que o fato investigado seja satisfatoriamente apurado, frise-se, com todos os recursos inerentes à acusação e à defesa, o que propicia uma apuração séria, eficiente e apta a testar a veracidade de todas as versões apresentadas para o fato.

A pergunta consistente em como se propiciar um bom funcionamento do sistema penal passa pelo estudo da importância do processo penal, das suas formas, cujas regras precisam ser não só rígidas e igualitárias, mas também adequadas e justas.

⁷⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 186.

⁸⁰ Os estudos mais avançados em direito penal, corretamente, vêm apontando que à vítima não interessa só a reparação civil pelo dano causado. Ela (e a própria sociedade) quer algo mais! Aliás, não se espera do direito penal apenas a reparação pelo dano sofrido, já que, se fosse assim, não haveria diferença entre direito penal e direito civil, que cuida da compensabilidade pelos danos sofridos. Em certa medida, no direito penal, quer-se o sofrimento do infrator pelo mal praticado, que, obviamente, para ter alguma eficácia preventiva e, dessa forma, uma utilidade pública, deve ser maior que a mera reparação pelo delito praticado.

⁸¹ Afirma Luigi Ferrajoli: “e o direito penal, com aparente paradoxo, configura-se como uma técnica de controle que garante, com a liberdade física de infringir a lei pagando o preço da pena, a liberdade de todos” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 273).

Passa-se, portanto, a partir de agora, à análise do item 1.3, que trata, justamente, da importância das formas no processo, do formalismo processual penal (devido processo legal formal), o qual, como veremos, guarda enorme relação com o tema em estudo. Aqui, por enquanto, resta fixar que, com uma maior formalização do processo, foi dado apenas um primeiro passo (porém, conforme será visto no item 1.4, ainda não suficiente) rumo à racionalização e contenção do arbítrio punitivo.

1.3 Da importância e necessidade de um regramento mínimo de toda e qualquer persecução penal, ante o monopólio do poder punitivo.

“... as formas do processo asseguram a liberdade dos indivíduos, porque garantem a defesa; dão força aos julgamentos e aos juízes, porque são o penhor da sua imparcialidade; revestem a justiça de toda a majestade, porque dão testemunho da prudência de seus agentes”⁸².

Conforme exposto no item 1.2, a centralização do poder nas mãos do Estado, por meio da institucionalização do conflito penal, trouxe muitas vantagens, já que imprimiu maior racionalidade na mensuração dos castigos, moldando um sistema punitivo mais racional e previsível para todos, pautado não só na legalidade das proibições, mas também na legalidade das penas. Propiciou-se, de modo geral, uma maior segurança às pessoas ante a maior previsibilidade da resolução dos conflitos, que não mais ficava nas mãos do mais forte, passando a depender, desde então, de uma solução ditada por um terceiro imparcial, em meio a um processo minimamente regrado. Aos poucos, entretanto, percebeu-se que, em prol de uma efetiva limitação do poder punitivo, deveria haver também um melhor detalhamento quanto à condução do processo, não podendo ele ser conduzido conforme o arbítrio da autoridade. Com efeito, para se conferir uma maior proteção ao indivíduo, de nada adiantaria haver contenção do arbítrio quanto ao abuso do poder de punir (por meio da legalidade dos delitos e das penas), se, em contrapartida, não houvesse alguma limitação quanto ao modo de condução do processo (devido processo legal formal).

Um processo sem regras, ou injusto, tornaria, praticamente, nula a garantia do direito penal (legalidade dos delitos e penas). Afinal, um processo desordenado tanto poderia servir para punir um inocente (dando margem a perseguições), para punir de modo desproporcional o culpado ou mesmo para deixar impune um culpado (privilégio).

Não é preciso fazer muito esforço para concluir que a ausência de regras ou a deficiência de direcionamentos mais precisos quanto aos rumos do processo dão margem aos mais variados abusos, ainda mais quando a pessoa que julgará o feito é investida de um

⁸² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 14.

grande poder (monopólio do poder punitivo). Como mostra a experiência acumulada ao longo dos séculos, a ausência de balizas, de regras ou formalidades, quer dentro ou fora do processo, anda de mãos dadas com a arbitrariedade, levando à desordem e incerteza⁸³.

Se a formalização do direito penal foi importante para conter a anarquia punitiva, a barbárie e a imensa insegurança a que todos estavam submetidos, cabe destacar que ela foi apenas um primeiro passo. Depois, com a centralização do poder, dado o fundado receio de os indivíduos virem a ser esmagados pelo uso da força estatal, foi necessário dar novos passos rumo à contenção do arbítrio: entre eles a criação de mecanismos para frear o abuso do monopólio do poder punitivo nas mãos de alguns poucos.

1.3.1 Das formas processuais.

“Por otra parte, no se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también in gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal”⁸⁴.

No processo, a previsão de parâmetros para a apuração do fato esteve aliada ao objetivo de contenção do poder estatal em prol da liberdade e segurança dos indivíduos, com vista a uma investigação séria, voltada à busca da justiça⁸⁵. Não foi por acaso que a legalidade das formas se impôs como solução universal em ganhos civilizatórios⁸⁶.

Como bem afirma Giovanni Leone, “delle esigenze formali nessun ordinamento giuridico può fare a meno; si tratterà di mirare ad un regolamento più o meno sobrio delle forme, ma ‘la loro mancanza porta il disordine, la confusione, l’incertezza”⁸⁷.

Entre nós, José Rogério dos Santos Bedaque também ensina que “a observância da técnica é fundamental ao correto desenvolvimento do processo, por representar garantia de ordem, segurança e participação dos sujeitos na formação da tutela jurisdicional”⁸⁸.

A forma é, portanto, uma exigência irrenunciável em prol da função estabilizadora do direito, com o objetivo de privilegiar, paralelamente aos valores substanciais (justiça da

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 75.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 02.

⁸⁵ “La experiencia ha demostrado que su ausencia produce desorden e incertidumbre. Por el contrario, su presencia es garantía de justicia y igualdad en la defensa, entre otras cosas” (MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 04).

⁸⁶ Assim afirma: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 76.

⁸⁷ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 8.ª ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1973, p. 266.

⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104.

decisão), também valores formais, tais como a ordem, a segurança e a coerência⁸⁹, que, como será visto, visam a fornecer melhores subsídios para se atingir a justiça.

De certa maneira, a forma acaba incorporando a própria medida do justo, sendo que encarna o conteúdo do próprio direito, isto é, do que pode ser interpretado conforme a lei⁹⁰. No processo, a forma recebe tanto uma conotação restrita (dos atos isolados) quanto mais ampla (procedimento), sendo analisada em sentido estrito e em sentido amplo.

1.3.1.1. Da forma em sentido estrito.

Em sentido estrito (*stricto sensu*), a forma se identifica com as características sensíveis e externas de cada ato que compõe o procedimento, constituindo o invólucro que o envolve⁹¹. A forma *stricto sensu* é nada mais que um meio representativo não só apto para a exteriorização do ato, mas também para a sua individualização. Nas palavras de Roque Komatsu, ela é a “figura externa do ato jurídico; molde, vestimenta ou modelo”⁹².

A forma, em sentido estrito, constitui uma categoria intrínseca ao próprio direito⁹³, não podendo dele ser apartada: “*forma dat esse rei* (‘A forma dá realidade às coisas’)”⁹⁴

O fenômeno jurídico, inevitavelmente, deve se fixar em algum tipo de “moldura formal”, haja vista a necessidade de assegurar estabilidade e segurança às relações⁹⁵.

1.3.1.2. Da forma em sentido amplo (ou formalismo)

Além do conceito estrito de forma, há um conceito ainda mais abrangente, o qual interessa ao presente trabalho. Pois bem, no processo, a forma ostenta outros predicativos, sendo que, em um sentido amplo (*lato sensu*), se identifica com o formalismo⁹⁶.

O formalismo, cabe bem frisar, não se restringe a um meio de expressão dos atos processuais individualmente considerados, mas deve ser visto em um sentido maior: o formalismo subscreve um conjunto de regras dentro do processo e das condições mediante

⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1996, p. 03.

⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 03.

⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 05.

⁹² KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 108.

⁹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná {UFPR}, Paraná, 2010, p. 108.

⁹⁴ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 04.

⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 93.

as quais os atos devem ser praticados. Muitas são as funções do formalismo no processo, o que demonstra que ele - longe de ser um elemento a ser combatido – deve ser preservado, sobretudo se bem posto, dentro do processo.

1.3.2. Das funções do formalismo processual.

1.3.2.1. Delimitação das condutas, dos direitos e dos deveres dos sujeitos processuais.

O formalismo, sobretudo no processo penal, desempenha um importante papel no que tange à delimitação dos direitos e deveres existentes no processo⁹⁷.

Como bem coloca Vicente Greco Filho, “se a forma limita a atividade de um, tem razão de ser, porque preserva o espaço do outro”⁹⁸.

João Mendes de Almeida Júnior, a seu tempo, já bem ensinava que se as formas fossem deixadas ao critério das partes, ou mesmo à discricção do magistrado, a justiça marcharia sem rumo, sendo que, “mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiças e surprêsas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos juízes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões”⁹⁹.

A forma exerce, portanto, uma função de destaque no que concerne à demarcação da conduta dos sujeitos processuais¹⁰⁰. Tãmanha é a sua importância para o processo que mesmo a visão instrumentalista do processo, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “jamais poderá postular o exagerado desapego às formas porque isso importaria criar situações perigosas para os litigantes, com risco de injustiça”¹⁰¹.

Somente o formalismo imprime ao processo a noção de organização, evitando a desordem que adviria se não houvesse regras, garantindo maior segurança para todos, haja vista haver maior previsibilidade das consequências decorrentes da prática de cada ato¹⁰².

O processo formalizado cumpre melhor o seu papel de proteção de todos os que nele atuam e estão envolvidos, sendo que essa proteção não se circunscreve tão-somente contra o arbítrio proveniente do juiz, mas também em relação ao abuso das próprias partes.

Como adverte Antonio do Passo Cabral, a “arbitrariedade nem sempre advém dos órgãos do Estado! Ao mesmo tempo em que previne o tratamento desigual do julgador, a

⁹⁷ MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 32.

⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

⁹⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 13.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 06-07.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, p. 145.

¹⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 08.

formalidade evita os excessos de uma parte em relação à outra, atuando como fator de isonomia e paridade também entre os contendores”¹⁰³.

Sem essa (de) limitação da conduta dos sujeitos processuais, seja do magistrado, bem como dos demais participantes, as partes sempre poderiam ser surpreendidas com a atuação que cada um quisesse dar ao processo, o que daria margem a todo tipo de abuso¹⁰⁴.

Com o formalismo, não se procura tão-somente organizar (burocraticamente), mas, principalmente, disciplinar¹⁰⁵ o que pode e o que não pode ser feito ao longo do seu curso, isto é, até onde podem ir seus participantes. Por isso, como ensina Ada Pellegrini Grinover “a regulamentação legal das formas representa uma garantia das partes em suas relações recíprocas e em suas relações com o juiz. É por isso que as formas do procedimento devem ser certas e determinadas”¹⁰⁶.

1.3.2.2. Organização, celeridade e objetividade do procedimento, em prol de uma melhor e mais profícua busca da verdade.

Muito ao contrário do que se poderia pensar (de que o procedimento formalizado só acarretaria maiores delongas à justiça), a experiência mostra que as formas processuais são importantes para a celeridade do próprio processo. É justamente a ausência de balizas que produz confusão e dúvidas no curso do processo, o que acarretaria ainda mais atrasos, como ensinam José Frederico Marques¹⁰⁷, no Brasil, e Giuseppe Chiovenda¹⁰⁸, na Itália.

Sem regras, isto é, sem a existência de um caminho previamente traçado, ou melhor, de um percurso legal a ser seguido, correr-se-ia o risco de a atividade processual “perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo”¹⁰⁹. As formas instituídas para o processo representam, por isso mesmo, o método escolhido pelo legislador em prol de uma melhor investigação dos fatos,

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 06-07. Evidentemente, a passagem descrita para o processo civil deve ser compatibilizada com o processo penal, pois o Ministério Público é um ente estatal, criado, artificialmente, para melhor proteger os interesses e direitos da vítima, ao acusar o réu.

¹⁰⁴ BAGGIO, Lucas Pereira & TEISHEINER, José Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.45.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 08.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 75.

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2009, p. 394.

¹⁰⁸ “Entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e freqüentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambitionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 04).

¹⁰⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 17.

o qual, segundo se presume, constitui o melhor caminho para se alcançarem o(s) fim(ns) almejado(s) no processo. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “pressupõe-se tenha o legislador adotado a técnica mais adequada a proporcionar o resultado desejado”¹¹⁰.

É equivocado imaginar que, sem uma maior normatização, sem maior regramento, se conseguiria chegar mais rápido a uma decisão justa e correta. A rigor, o que poderia ocorrer é justamente o contrário. *Sem método é que não se chega a lugar algum*.

Se o formalismo pode tornar o procedimento um pouco mais lento e, em alguns casos, até um tanto quanto burocrático, não se pode olvidar que as formalidades evitam o atraso maior que poderia decorrer da desordem, da dúvida e confusão provenientes da falta de um melhor regramento e disciplina no processo. Essa deficiência poderia acarretar uma lentidão muito maior se comparada com a que implicaria um processo mais formalizado¹¹¹.

1.3.2.3. Garantia do contraditório e da imparcialidade e legitimidade do julgador.

O formalismo, ao disciplinar a atividade das partes, bem como a conduta do juiz (em especial: quando este deve decidir), contribui para garantir a dialeticidade do processo.

Essa dialética, que também pode ser lida sob a locução do contraditório, contribui para o escopo final da justiça, pois, ao se conferir uma adequada participação das partes, o procedimento ganha em informação, tendo o magistrado melhores condições de analisar o caso e conferir razão àquele que tem direito. Chega-se mais facilmente à verdade.

Com efeito, se não houvesse o respeito às formas legalmente instituídas, as partes nunca saberiam bem ao certo qual seria, por exemplo, o momento exato de agir e reagir, ou mesmo de argumentar e de replicar, de provar e oferecer contraprova.

Por isso, ensina a doutrina que a forma constitui uma “faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório”¹¹², o qual tem sua realização “garantida apenas pela forma em sentido amplo”¹¹³ (formalismo). A observância às formas assegura o contraditório e esse respeito também serve para garantir a imparcialidade do julgador, conforme anota José Roberto dos Santos Bedaque¹¹⁴, pois o respeito às balizas legais é um indicativo de sua equidistância em relação à causa e à parte.

¹¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 502.

¹¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 05.

¹¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 10.

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 11.

¹¹⁴ “A prévia regulamentação da atividade das partes e do juiz atende ao interesse geral, pois não apenas garante o equilíbrio do contraditório e o tratamento isonômico entre os sujeitos parciais, como assegura a imparcialidade do juiz e confere transparência à atividade desenvolvida no processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 429).

A quebra das formas pode servir de indício para afirmar que, especificamente naquele caso, o julgador não se conduziu com a necessária e esperada isenção de espírito.

O cumprimento e a observância das formas por parte do magistrado não deixa de constituir uma garantia para a própria dignidade da Justiça (instituição), sendo justamente essa obediência um penhor da imparcialidade de seus juízes¹¹⁵.

É sintomático que o juiz, ao passar a não seguir os protocolos formais, já formou o seu convencimento, tendo, provavelmente, perdido a imparcialidade necessária para bem julgar o caso. Ora, um juiz que - de modo deliberado e consciente - não segue as regras traçadas em lei, do devido processo, acaba perdendo a legitimidade para proferir a decisão.

Afinal: se nem o juiz observa a lei, como poderá, em sua decisão, eventualmente, censurar e constranger o jurisdicionado a respeitá-la?

1.3.2.4. Tratamento mais isonômico na aplicação de todas as questões de direito (tanto as formais quanto às referentes ao mérito da demanda).

Ao estruturar e impor ordem ao procedimento, garantindo uma maior isenção de espírito por parte do magistrado, com vistas a garantir segurança e liberdade para as partes, as formas também potencializam uma isonômica aplicação do direito, especialmente no que respeita às questões de fundo do conflito. A rigor, se cada juiz pudesse conduzir o processo como bem quisesse, conforme o *seu* “bom senso”¹¹⁶, é inquestionável que - em um e/ou outro caso - uma parte teria tratamento mais privilegiado que a outra conforme o humor ou a tendência ou simpatia do juiz instituído para conduzir e julgar a causa.

Isso, além de atentar contra a uniformidade de tratamento que deve ser dispensada a todas as partes, no curso de cada processo, poderia propiciar, em uma maior ou menor amplitude, o risco de se proferirem decisões muito diferentes para casos iguais.

Imagine-se a situação em que um magistrado entenda que a parte perdeu uma chance processual (preclusão) e um segundo, em outro caso (em tudo similar), entenda que não. Sem um regramento do processo (padronização de todos os procedimentos), haveria, de fato, um risco maior de serem proferidas decisões diferentes para casos iguais.

A esse respeito, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira bem enfatiza que se os rumos do procedimento fossem deixados ao capricho de cada magistrado, isso colocaria em risco a igualitária realização do direito: a discricionariedade de cada julgador quanto ao modelo de processo a ser seguido, em cada caso concreto específico, afetaria a atuação das partes

¹¹⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 14.

¹¹⁶ O “bom senso” nem sempre é o mesmo para uma e outra pessoa. Aliás, se todos tivessem o mesmo bom senso e agissem de acordo com ele, não seria preciso lei para disciplinar a conduta de cada indivíduo na sociedade: lembrando que muitas pessoas cometem infrações, achando que estão de acordo com bom senso.

em cada processo (oportunidades de manifestação, de defesa, etc.), o que comprometeria o conteúdo das decisões¹¹⁷. A chance de casos iguais virem a ser julgados de forma diferente aumentaria em muito, o que não é de modo algum desejável, para o bem de todos.

1.3.2.5. Função política: o respeito às formas dá legitimidade às decisões proferidas e possibilita a confiança dos cidadãos na sua justiça e em sua correção.

É importante destacar que o formalismo, longe de se restringir apenas ao interesse particular deste ou daquele sujeito envolvido no processo, constitui interesse maior, isto é, de todos, pois o cumprimento da forma leva à expectativa de que a solução alcançada é correta e justa. Apesar de o respeito à forma não garantir, por si só, o alcance da justiça das decisões (isto é, sua correspondência com a verdade), cabe ressaltar que, ainda assim, a observância da forma constitui uma condição imprescindível para a confiança dos cidadãos na sua justiça, o que torna as decisões legítimas, do ponto de vista social.

Essa maior confiança no direito e na justiça decorre da importante função política desempenhada pelas formalidades processuais¹¹⁸. Por esse aspecto, o cumprimento das formas constitui um fator de legitimação das decisões judiciais, o que é muito importante, haja vista um dado prático da experiência: ainda que a solução conferida ao caso seja a correta e absolutamente justa, sempre haverá descontentamento por parte de alguém. Muito dificilmente a parte vencida será também convencida. Esse natural inconformismo seria muito maior se a solução conferida ao caso não tivesse se pautado em regras prévias e claras, às regras do jogo. O procedimento (ou melhor, respeito ao procedimento), aliás, sempre é um imprescindível fator de legitimação de qualquer decisão tomada pelo poder estatal, seja em âmbito legislativo, administrativo ou judiciário¹¹⁹.

As formalidades desempenham um importante papel de legitimação do processo, inculcando respeito às decisões proferidas.

1.3.3. Das disfunções do formalismo processual: as (de)formas do sistema.

Acima foram expostas as razões que demonstram a importância da instituição de um processo (minimamente) regrado, tendo em vista a finalidade de evitar todo tipo de

¹¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 09.

¹¹⁸ "... a forma não é tão somente uma garantia de justiça, mas uma garantia de confiança dos cidadãos no direito" (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 113)

¹¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 37.

abuso, em consonância com os objetivos decorrentes da institucionalização do direito penal (proteção generalizada de todos diante da deflagração de algum conflito).

Contudo, ao lado dessas importantes funções exercidas pelas formas processuais, o formalismo, se mal compreendido e aplicado, pode gerar algumas deformações graves.

Apesar das vantagens de um procedimento inteiramente formalizado, é importante alertar que o formalismo também suscita alguns inconvenientes: com efeito, o formalismo, **se mal dosado**, pode implicar um apego excessivo da forma pela forma, o que não é desejável, por algumas razões a serem analisadas a seguir.

Esse tipo de formalismo poderá se consubstanciar em uma garantia às avessas, já que a forma pode ser colocada em detrimento dos valores que, em tese, visaria tutelar.

Para visualizar melhor o exposto, nada melhor que analisar a história, sobretudo no que tange aos mais variados tipos de processos penais e formas jurídicas, sendo que, sobretudo nos procedimentos conhecidos por inquisitórios, houve, certamente, a previsão de formalidades, contudo, absolutamente inúteis, instituídas com o fim único de tornar o processo apenas confuso, haja vista a finalidade de dificultar a defesa. Luigi Ferrajoli observa que “normas deste tipo chegaram ao seu máximo desenvolvimento nos velhos regimes inquisitivos, que inventaram ‘uma multiplicidade de formalidades’, ‘dilações’, ‘intrigas e labirintos’, cujo único efeito foi o de tornar ‘complicada a simples máquina dos juízos públicos’, até o ponto de a história do procedimento penal parecer a Bentham ‘o contrário do das demais ciências: nas ciências se vão simplificando cada vez mais os procedimentos acerca do passado; na jurisprudência, ao contrário, se vão complicando cada vez mais. Enquanto todas as artes progridem multiplicando os resultados com o emprego de meios mais reduzidos, a jurisprudência retrocede, multiplicando os meios e reduzindo os resultados’”¹²⁰. Tão deletério quanto à ausência da forma é o apego radical a ela, o que pode fazer do procedimento um verdadeiro labirinto, só que sem saída¹²¹.

Assim, as formas, em vez de oferecerem qualquer tipo de garantia, acabam funcionando como verdadeiras armadilhas, levando à violação dos valores que, a princípio, visariam resguardar; em outras palavras, não se pode fechar os olhos para o fato de que, muitas vezes, “a forma, em si mesma, pode se transformar em instrumento de injustiça substancial”¹²². Nesse sentido, é necessário pontuar que a defesa da forma pela forma pode esconder uma forma arbitrária de exercício do poder. Como muito bem expõe Alberto M. Binder, “nada menos inocente que a ideologia do ritualismo que ocultou e assegurou

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 50.

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 52.

¹²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 419.

décadas de processos penais violadores das constituições e cruéis para aqueles que caíam em suas redes ou pretendiam uma verdadeira justiça através deles”¹²³.

O Autor argentino descreve esse tipo de formalismo como um monstro de muitas cabeças, sendo que nem sempre as mais espantosas estão à mostra¹²⁴.

Com efeito, há uma série de funções que, de fato, podem estar por trás do apego ao formalismo excessivo: (1) seleção de casos que chegam, efetivamente, a uma decisão de mérito, já que a defesa do “ritual” (sem função) pode servir de filtro para escolher o que se quer, ou não, apurar e punir; (2) restrição de direitos, pois a forma pode dificultar ou mesmo anular o seu exercício; (3) forma subreptícia para prejudicar o acusado, anulando-se o ato ou o procedimento para dar nova oportunidade à acusação¹²⁵ (inversão ideológica do discurso garantista¹²⁶); (4) um tipo de controle burocrático dos atos dos funcionários, juízes e promotores e (5) objetivo de tentar conferir legitimidade a um procedimento muito distante de um devido processo legal¹²⁷.

Como alertam Antonio Tovo Loureiro e Salo de Carvalho, deve-se tomar cuidado com o formalismo, pois, com ele, não se leva em conta que, muitas vezes, “o discurso formalista instrumentaliza os Estados autoritários, precisamente pelo afastamento que proporciona entre a burocracia judicial e os subordinados, entre aqueles que possuem e os

¹²³ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Tradução: Angela Nogueira Pessoa. Revisão: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 70. O Autor usa o termo ritualismo para descrever o formalismo excessivo. Consultou-se o texto original, em espanhol: BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*: elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades en el proceso penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009 (1.ª reimpressão), p. 85. Embora, particularmente, entenda-se possível o uso da sinonímia do ritualismo com formalismo excessivo, (tanto assim é possível que Mário Pisani refere-se a “formalismo ritualístico” (PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8.ª ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2008, p. 193) será evitado o seu uso, em sentido pejorativo, para não causar qualquer confusão com sentido técnico conferido ao *rito*, termo jurídico que, por si só, não ostenta qualquer conotação negativa. Há autores que utilizam ritualismo, ou ritualização, sem conotação pejorativa: FERRAJOLI, Luigi: *Direito e razão*, p. 492.

¹²⁴ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 71.

¹²⁵ “A declaração de nulidade poderia consistir em uma técnica de repristinação de determinados atos instrutórios. Em outras palavras, se trataria de uma maneira de, uma vez se declarando o ato nulo, poder refazê-lo, extraindo informações não apreendidas anteriormente. Binder advoga que esse ‘ritualismo’ serviria para se renovar a indagatória” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 275).

¹²⁶ “Corriqueiramente são encontradas decisões que, no dilema de optar entre a absolvição e a nulidade, optam pela declaração de nulidade, buscando a argumentação de uma garantia constitucional, mas que, na verdade, escondem interesses punitivos. Recursos da acusação buscam a invalidação de processo que redundam em sentença absolutória fundamentando as razões do recurso na violação de direitos fundamentais do imputado. Se, por um lado, são reconhecidas invalidações a favor da defesa que redundam em ampliação penal, por outro lado, percebe-se um olhar descompromissado quanto à declaração de nulidade para o cumprimento de alguns mandamentos constitucionais” (BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista*: a subversão da finalidade das normas constitucionais de controle limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 196).

¹²⁷ A respeito dessas funções: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 70-77.

que não detêm o domínio da técnica. Assim, em muitos casos, legitima-se proposições vazias com vestes pseudojurídicas, impregnadas pelo repressivismo”¹²⁸.

Aliás, esse formalismo, a princípio, inócuo, se encontra presente de modo mais sutil, não só nos atos jurídicos em si, mas ao longo das práticas de toda a persecução penal, a qual está circundada por diversos simbolismos. Por exemplo, o simbolismo está presente tanto na arquitetura dos tribunais quanto na disposição das salas de julgamentos. Também está subreptício na localização dos atores processuais, dentro das salas de audiência e das sessões de julgamento: geralmente, o acusador encontra-se situado ao lado do magistrado, estando ambos localizados *ligeiramente acima do réu e de seu advogado*¹²⁹.

“Um advogado espanhol, que assistia a uma das nossas audiências penais, admirava-se por a bancada de advogados estar colocada mais abaixo que a dos juízes. Em Espanha, pelo contrário, a tradição exige que estejam colocadas ao mesmo nível, significando-se dessa forma que as duas missões são iguais”¹³⁰.

Muitas solenidades também podem ser encontradas nos objetos que guarnecem a justiça: tapetes vermelhos, móveis escuros e pesados, lúgubres, a fixação de crucifixos nas paredes, os vitrais, que mais fazem os tribunais parecerem uma Igreja, onde não se julgam apenas fatos, mas a alma das pessoas. O próprio modo como as salas de julgamento são projetadas confere um ar teatral, aterrorizante, de um grande espetáculo aos julgamentos, o que, em alguns casos, chega a intimidar não só o acusado, mas o próprio advogado.

“As grandes salas, onde a intimidade é nula, incitam naturalmente o orador a levantar a voz, tal como a solidão convida a cantar. Como se pode deixar de levantar a voz e de ampliar os gestos na grande sala das câmaras reunidas do Supremo Tribunal? Aí, o advogado sente-se minúsculo e perdido entre a majestade das colunas; enxerga os juízes ao longe, lá no fim, por detrás da bancada alta, tal como ídolos imóveis no fundo de um templo, olhados por um binóculo ao contrário. Esta sala com a sua ornamentação solene é um convite à grande eloquência. É certo que, como correção, o arquitecto fez inscrever ao alto de cada parede e em letras de ouro, entre os ornatos e astrágalos, esta máxima breve: *Veritas nimium altercandum amittitu*. Na parede fronteira ao orador resplandece, lá ao alto, por cima das cabeças longíquas dos conselheiros,

¹²⁸ CARVALHO, Salo de & LOUREIRO, Antonio Tovo. “Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista”. In: Diogo Malan & Geraldo Prado (coord.). *Processo penal e democracia: estudo em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 513.

¹²⁹ Já era chegada a hora de colocar cada um em seu devido lugar: ou melhor, a acusação deve ficar ao lado réu, e não acima dele, tampouco ao lado do juiz! Afinal, como bem indaga Rubens R. R. Casara: “**estar sentado ao órgão judicante interfere no exercício das funções institucionais do Ministério Público**” (CASARA, Rubens R. R. “Um banquinho, o ministério público e a constituição: em busca de um espaço público republicano”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 13, n. 151, jun./2005)

¹³⁰ CALAMANDREI, Piero. *Êles, os juízes, vistos por nós, advogados*. Tradução: Ary dos Santos. Lisboa: Livraria clássica, 1940, p. 53.

este *minium*, que é de oiro como o silêncio. E o orador, que no meio de um vôo de eloquência leia o dístico, de súbito compreende o latim e termina o discurso”¹³¹.

Aliado a isso, o processo penal está repleto de diversas cerimônias degradantes, cuja principal finalidade é expor ainda mais o imputado, submetendo-o a um estado de desorientação mental e de prolongada ansiedade (*stato di prolungata ansia*)¹³².

A tentação formalista, por outro lado, pode bem servir a juízes acomodados, preguiçosos e/ou temerosos de tomar qualquer decisão, os quais se apegam à forma como pretexto para proferirem decisões simplistas, eximindo-se do peso e da responsabilidade de julgar o caso controvertido¹³³. Lembrando que, de todos os tipos de magistrados, o pior é justamente o que não decide, seja porque não quer, seja porque tem medo.

A esse respeito, afirma Calamandrei que “o juiz distraído e mandrião convida o advogado à ligeireza de conduta e, por vezes mesmo, aos expedientes condenáveis. Quantas exceções de incompetência, quantos requerimentos inúteis referentes à prova testemunhal os advogados estariam dispostos a abandonar se a experiência não lhes tivesse demonstrado que certos juízes – desejosos de não estudar o fundo da questão – estão dispostos a aceitar de bom grado qualquer exceção processual ou argüição de nulidade, que não requerem maior esforço que o de uma decisão interlocutória de quatro linhas”¹³⁴

Isso cria um terreno fértil para se fazer das formalidades o exercício da chicana jurídica, desviando a atenção das questões de fundo, relacionadas ao mérito da causa: em seu lugar, instituir-se-ia um tipo de litígio paralelo, isto é, um dissídio indireto¹³⁵, no qual só se discutem formalidades vazias de sentido.

1.3.4. Síntese: da irrenunciabilidade da forma e da imprescindibilidade da adoção de um formalismo valorativamente útil.

“Effectivamente, sob o aspecto político, é na forma que tem o homem o mais continuo e seguro defensor de suas liberdades, pois é só mediante a forma preestabelecida na lei, que se consegue exercer sobre os juízes um despotismo, que lhes imponha, quasi mechanicamente, a imparcialidade; é pela forma que se evita o arbitrio, a surpresa, a desconfiança, que se consegue guia seguro na constatação da responsabilidade ou da innocencia. Dahi por que todas

¹³¹ CALAMANDREI, Piero. *Êles, os juízes, vistos por nós, advogados*, p. 65-66. No ponto, o sentido de *Veritas nimium altercandum amittitu* significa: discutindo-se demais, perde-se a verdade; ou seja: fale, mas não tanto...

¹³² LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54-55.

¹³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 15

¹³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Êles, os juízes, vistos por nós, advogados*, p. 55-56.

¹³⁵ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 77.

as constituições políticas, inclusive a nossa, art. 72 § 15, consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solenne compromisso de que – ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na *forma por Ella regulada* (...) a observância da forma é de rigor, sobretudo em processo criminal, porque ali estão em jogo a liberdade, segurança, honra e propriedade dos cidadãos, além dos interesses de ordem social ou colectiva”¹³⁶.

Vistos os benefícios e possíveis malefícios de um direito formalizado, de rigor concluir não ser possível abdicar do formalismo no direito, sobretudo na seara penal.

Na verdade, o problema não reside no formalismo em si, mas, muito ao contrário, no seu mau emprego. Nisso, praticamente, toda a doutrina está de acordo, até mesmo aquela mais ligada à teoria da instrumentalidade e a favor de uma relativização das formas¹³⁷. De fato, não se pode ir contra o formalismo no direito, pois ele representa uma irrenunciável garantia para todos, podendo-se questionar apenas qual a sua exata medida, ou melhor, qual o melhor grau de formalismo¹³⁸.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes mostram que “a regulamentação das formas, quando bem aplicada, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série dos atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir. O que deve ser combatido, nessa matéria, é o excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça em favor de solenidades estéreis e sem nenhum sentido”¹³⁹. Por isso José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes”¹⁴⁰.

Muito distante de ser um elemento indesejável, deve ficar claro que o formalismo que se renega no processo é aquele identificado e entendido “como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma”¹⁴¹.

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.

Na Alemanha, Claus Roxin bem observa que, dentro da lógica do procedimento penal ínsito ao Estado de Direito, a proteção do que chama por *princípio da formalidade*

¹³⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*, p. 97-98.

¹³⁷ Consultem-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 28 e p. 52; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 16.

¹³⁸ “A virtude está no meio-termo: a forma é valiosa e mesmo imprescindível na medida em que se faz necessária para garantir aos interessados o proveito que a lei procurou visar com sua instituição” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 42.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 204).

¹³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 17.

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 25.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, p. 40.

não é menos importante que a condenação dos culpados e o restabelecimento da justiça e da paz pública¹⁴². Na Itália, Luigi Ferrajoli discorre que “nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos”¹⁴³ residindo aí um dos preços que se deve pagar com o formalismo, que, certamente, seria muito maior caso inexistisse. Em Portugal, João Conde Correia afirma que “uma decisão só é justa se for lograda por meios justos”¹⁴⁴

Uma coisa é, em alguns casos, reconhecer sim a necessidade de simplificação das formas: o que não significa desnecessidade, pois as formas são sempre imprescindíveis¹⁴⁵.

O processo nasce, naturalmente, para demorar - aliás, racionalmente, como bem pondera Aury Lopes Júnior¹⁴⁶: o que constitui uma garantia contra julgamentos injustos, temerários e levianos. A pressa é inimiga da verdade e da justiça, sendo que a demora decorrente do trâmite processual e das regras a ele inerentes é uma aliada da prudência.

A forma, nesse sentido, serve como antídoto contra as paixões e um freio ao ímpeto e clamor dos justiceiros, ainda que eles estejam nutridos das melhores intenções.

Ensina, a esse respeito, Winfried Hassemer:

“O objeto da justiça é seguramente o oposto das necessidades executivas: não é o combate, mas a ponderação, não é a determinação, mas a prudência. Ela necessita de tempo para seus produtos, não pode, em geral, prometer soluções para problemas, mas, no máximo, decisões para problemas ou até mesmo, somente a análise desses problemas. Ela provocará, querendo ou não, a frustração de expectativas e o acréscimo de lesões, não podendo representá-lo melhor do que ela realmente o é. Não lhe é permitido, geralmente, adiantar-se à situação, caso esta pegue fogo, ela deve esperar até ser chamada. A justiça surge, então, quando a criança já caiu no poço. Ela não impulsiona, mas acompanha, sob o peso dos princípios, que mais impedem do que possibilitam uma solução rápida e efetiva do problema: proporcionalidade ao invés de intervenção, profundidade ao invés de prontidão, todo tipo de atenção e ponderação ao invés de uma decisão imediata”¹⁴⁷.

Tão importante é o formalismo à persecução penal que a doutrina chega a afirmar que a legalidade do processo penal constitui um “valor em si mesmo”¹⁴⁸.

¹⁴² “En un procedimiento penal propio del Estado de derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica” (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 02).

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 449.

¹⁴⁴ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 26.

¹⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.º vol. Revisão e tradução: Aricê Moacyr Amaral Santos. 23.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60-61.

¹⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 28.

¹⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30.

¹⁴⁸ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 23. Também assim pensam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: “o método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 122).

De modo que, como bem afirma Ada Pellegrini Grinover, “assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo”¹⁴⁹. Vista a questão por esse ângulo, tem total razão Alois Troller ao discorrer que o “princípio da rigidez das formas sempre permaneceu como a espinha dorsal do processo”¹⁵⁰, podendo-se até mesmo indagar ser questionável falar-se em um suposto princípio da “liberdade das formas”¹⁵¹, mormente no que tange à seara penal¹⁵².

Nesse sentido, o formalismo não pode ser combatido com base em um discurso equivocado, no sentido de que a legalidade das formas deveria ser relativizada ante os imperativos maiores do alcance de uma suposta justiça *substancial*. Restaria perguntar o que seria essa tal justiça substancial e quem diz quando ela é obtida? Reside aí uma questão antiga, mas sempre atual ao direito: o dilema entre justiça e segurança jurídica, como põe Jorge de Figueiredo Dias¹⁵³, que bem pode ser pensado, no processo, entre respeito à forma e o alcance da verdade e da justiça.

Como bem aduz José Roberto dos Santos Bedaque, entre nós:

“Daí o confronto entre dois valores. De um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante a liberdade e a participação efetiva das partes, possibilitando o desenvolvimento seguro do processo. O outro valor consiste no próprio resultado previsto para o ato. Em última análise, ao exigir a observância de determinada forma, o legislador pretende assegurar o resultado do ato processual, cuja verificação considera imprescindível à regularidade do processo”¹⁵⁴.

A dicotomia, no entanto, é apenas aparente, pois, como pondera Cândido Rangel Dinamarco, só se pode considerar justa uma decisão obtida por meios justos¹⁵⁵.

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 74.

¹⁵⁰ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil* (Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus). Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 17.

¹⁵¹ No nosso ordenamento jurídico, “embora o Código de Processo Civil apregoe adesão à idéia da liberdade das formas (art. 154), os atos mais importantes do processo são eminentemente formais (...) Na verdade, a forma é exigida para a grande maioria dos atos processuais – o que leva a doutrina a reconhecer o âmbito restrito de aplicação da regra e a adoção, pelo sistema processual brasileiro, do princípio da legalidade das formas, embora sem a rigidez originária...” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 91).

¹⁵² Entre os penalistas, afirma Vicente Greco Filho: “não existe a decantada liberdade das formas. A forma é legal, que deve ser respeitada pelos sujeitos processuais. Os códigos de processo são códigos de modelos típicos, aos quais as partes, o juiz e os auxiliares da justiça devem submeter-se. (...) O primeiro princípio, portanto, que rege os atos processuais e consequentemente o das nulidades é o da *tipicidade das formas*, que poderia ser assim formulado: O Código prevê os atos que deve ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 286).

¹⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1, p. 45 e ss.

¹⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 60.

¹⁵⁵ “A generosa idéia do *processo justo e equo*, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que não for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, p. 185).

Dessa maneira, a justiça *substancial* não afasta, mas, em verdade, antes pressupõe a segurança jurídica inerente ao respeito às formas instituídas.

Constitui, portanto, uma falácia sustentar uma separação radical entre justiça e segurança jurídica, entre justiça (ou obtenção da verdade) e formalismo, como se fossem fatores antagônicos. Na realidade, um constitui o fundamento e a razão do outro¹⁵⁶.

Afinal, se não houvesse qualquer pretensão de se alcançar a justiça, não haveria razão para se instituírem formas e regras no curso processo, já que elas são previstas (quando bem pensadas), justamente, para levar a uma decisão que seja a mais correta possível. Por outro lado, se não houvesse a previsão dessas mesmas regras, nunca seria possível dizer quando uma decisão poderia ser considerada justa e correta, já que, se não fosse pelo respeito às regras do processo, a decisão seria produto, apenas e tão-somente, de um ato meramente impositivo de poder (produto de puro decisionismo).

“Se de vez em quando quisermos amaldiçoar o formalismo processual, pensemos que em um importante domínio jurídico ele ata as mãos da arbitrariedade, a pior adversária da justiça. ‘A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade’. Möser entendeu, de forma sábia e serena, a rigorosa e tão necessária finalidade do formalismo processual: ‘Todas as pessoas podem errar, tanto o rei quanto o filósofo, e o último talvez por primeiro, visto que ambos estão tão altamente situados, e da quantidade de coisas que pairam sob seus olhos nenhuma pode ser considerada inteira e completamente pacífica e exata. Por causa disso, todas as nações fizeram alicerce de sua liberdade e do seu domínio que aquilo que um homem reconhece como direito ou verdade nunca deve valer como direito antes de receber o selo da forma’. ‘O mais triste caso em que o juiz frequentemente se encontra é aquele em que ele reconhece de maneira evidente o verdadeiro direito e não pode realizá-lo por formalidades. Todavia, é melhor um homem triste do que colocar todos em perigo; e isso ocorreria se cada juiz pudesse aceitar como verdadeiro direito o que ele reconhece e logo lhe atribuir força de coisa julgada. Toda pessoa tem de reconhecer com coração agradecido que se prefira o formal ao real quando ambos não se encontrem juntos; e quem exclui totalmente a forma ou quer abreviá-la e dificultá-la de modo não natural ofende a humanidade’”¹⁵⁷

O tema, certamente, tangencia o valor verdade no processo penal, pois só se pode considerar justa uma decisão que corresponda à realidade.

Se, conforme será tratado no item 1.5, não há como se chegar a uma verdade absoluta, definitiva, ontológica, inquestionável, a resposta com relação à pergunta (*quando se atinge a justiça substancial?*) só pode mesmo estar condicionada ao cumprimento das regras e formas legalmente instituídas. A verdade, nesse sentido, só pode ser considerada legitimamente alcançada se for validamente perseguida.

¹⁵⁶ O mesmo ocorre com outras (falsas) dicotomias, no processo, como eficiência e garantismo, sendo que um procedimento só pode ser considerado eficiente se for realizado com garantismo. A respeito do assunto: FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 21-22; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2010, p. 19.

¹⁵⁷ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 109-110.

Como afirma Luigi Ferrajoli, está aí um “**preço do formalismo**”¹⁵⁸ que se deve pagar, e com bom grado, já que somente ele pode fazer o papel de filtro, no processo, para se depurarem os abusos e os constantes equívocos que poderiam ocorrer em seu curso.

No ponto, cumpre analisar quando o pagamento desse preço trará algum 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)**. Urge tratar dos direitos e garantias fundamentais, que dão vida, alma e sentido às formas penais e processuais penais. Como será visto logo a seguir, na essência, são esses valores que fundamentam a pronunciação de nulidades no processo, de modo que, para bem entendê-las, é necessário compreender a razão de existirem e porque os direitos que visam a resguardar devem ser mesmo tutelados. São esses valores que, efetivamente, conformam o processo a um modelo justo e equo, pois forma sem finalidade constitui, a rigor, uma contragarantia. Foram necessários séculos de processos penais violadores dos direitos mais básicos para a humanidade se dar conta de que alguns valores deveriam ser cultuados e preservados: presunção de inocência, direito de defesa, contraditório, direito à prova, direito à motivação das decisões penais, direito ao silêncio, proibição de dupla persecução penal, publicidade dos procedimentos, etc.

Mais que devido processo legal formal, houve a necessidade de progredirmos em direção a um devido processo legal de cunho material.

1.4. Dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais: o preenchimento do vazio das formas jurídicas.

Até o presente momento, deu-se destaque à análise do formalismo tanto no direito penal (legalidade dos delitos e das penas) quanto no processo.

Discorreu-se sobre a sua importância para a segurança (física e jurídica) de todos.

A esse respeito, demonstrou-se, primeiramente, um pouco do impacto que teve a formalização do direito penal em prol da minimização do extremo grau de violência então imperante nas sociedades primitivas, já que, antigamente, todos sofriam com um “sistema” punitivo desordenado, desproporcional e absolutamente inseguro.

¹⁵⁸ “Este, ademais, é o valor e, também, o preço do ‘formalismo’, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrarias quanto intoleráveis” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 38).

Se a instituição de formas (seja no direito penal, seja no processo penal), mediante a institucionalização do sistema penal, foi uma primeira medida necessária para conter a violência extrema e incontrolável dos tempos primitivos, não foi, contudo, suficiente para lidar com outro tipo de violência, decorrente do monopólio estatal do poder de punir.

Ao longo dos tempos, no curso da história, foi possível constatar que, apesar de serem formalizados sistemas de direito e de processo penal, muitos deles não constituíram, efetivamente, autênticas garantias. Durante o decorrer dos séculos, foi possível constatar a existência de direitos punitivos pautados em pressupostos absolutamente irracionais (aos olhos de hoje) e violadores dos direitos mais básicos e basilares a uma sociedade justa.

A esse respeito, citam-se, a título meramente ilustrativo: (i) o direito romano, no qual, por vários séculos, vigorou o sistema inquisitorial (monarquia e império), havendo concentração de poder nas mãos do julgador, sendo tolerado todo tipo de arbitrariedade¹⁵⁹, inclusive o emprego da tortura¹⁶⁰, que já era admitida e aplicada desde os tempos da Grécia Antiga¹⁶¹; (ii) o direito bárbarico, no qual o imputado era submetido, não raras vezes, às mais duras provações (conhecidas como provas mágicas), das quais, geralmente, sequer conseguia sair com vida¹⁶²; (iii) o direito inquisitorial canônico (da Igreja Católica), que, apesar de ser um direito um pouco mais evoluído, se comparado ao das outras civilizações, ainda assim permitia que o sujeito ficasse preso durante todo o curso do processo¹⁶³, o qual ostentava cunho inquisitorial (concentração de poderes nas mãos do juiz-inquisidor) além de permitir a institucionalização da tortura, tendo proferido éditos condenatórios calcados

¹⁵⁹ O próprio processo contra Jesus Cristo dá o tom das arbitrariedades que eram cometidas à época. A respeito: NOVAES, André Santos. *Comentários e anotações sobre o processo penal de Jesus – O Galileu – nulidades, ilegalidades, arbitrariedades e abusos praticados dois mil anos atrás*. São Paulo: Ltr, 2001.

¹⁶⁰ Na Roma antiga, o procedimento da *cognitio*, pautado na noção de *inquisitio* e de *imperium*, inviabilizava qualquer garantia ao indivíduo, podendo o rei ou encarregado pela persecução penal conhecê-la, de ofício (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 07). O procedimento era realizado sem muitas formalidades e sem participação dos interessados (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, p. 74). Pode-se dizer que houve maiores garantias no período da República (510 a. C. até 27 a.C.), com a Lei das XII Tábuas (450 a. C.), tendo surgido o procedimento da *anquisitio*, que, pelo menos, limitava um pouco o arbítrio e o amplo poder dos magistrados; o julgamento, inclusive, poderia ser realizado perante o povo, em comícios (*comitia*). No final da República, surge o procedimento das “*questiones perpetuae*”, desenvolvendo-se sob a presidência de um magistrado, mediante acusação feita por particular (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 10-11). Com o processo extraordinário (*cognitio extraordinem*), há, novamente, retrocesso, pois a acusação passa a ser dispensada, atuando de ofício os magistrados, “com grande liberdade de forma e latitude na apreciação dos delitos e imposição de penas” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 36), podendo utilizar a tortura (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, p. 77).

¹⁶¹ “... é também preciso lembrar que justamente no sistema ateniense se encontram traços de tortura, como meio de prova. A tortura era utilizada geralmente para os escravos, porquanto não podiam eles, por sua condição, prestar juramento, entendendo-se, assim, possível dar um crédito de verdade a seus depoimentos, através da tortura; e é necessário sublinhar a presença desse meio de prova entre os atenienses, para refutar o entendimento bastante correto pelo qual a tortura teria nascido com o sistema inquisitório” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 40).

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 44).

¹⁶³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 61.

em débeis inferências probatórias e indiciárias (conforme a “lógica” das provas legais)¹⁶⁴; concomitantemente, (iv) houve o desenvolvimento do direito secular (realeza), em que, não raro, eram aplicáveis punições extremamente cruéis e exemplares, por meio de processos igualmente arbitrários, que culminavam, em muitos casos, no largo emprego da pena de morte, executada, em regra, do modo mais sangrento, doloroso e desumano possível.

Foi só com o Iluminismo que surgiram formas de direito e de processo (frise-se) mais comprometidas com a segurança e liberdade do indivíduo. De toda forma, ainda assim, cabe ressaltar, tanto a humanização quanto a racionalização da persecução penal e da punição não ocorreram de modo repentino, mas, ao contrário, aos poucos, sendo todo esse processo histórico envolto por algumas parcas conquistas, mas muitos retrocessos¹⁶⁵, já que as arbitrariedades se repetiram e ainda ocorrem (rotineiramente) até os dias atuais.

Como visto (e são vários os exemplos), a previsão de um direito formalizado, por si só, **não representou mesmo uma efetiva garantia**, já que a forma, especialmente quando desacompanha de uma boa função, ou finalidade, pode ser utilizada para qualquer fim, até mesmo para a violação dos direitos que, a princípio, visaria a tutelar.

Foi devido a experiências históricas indesejáveis e traumáticas que se passou a entender, seja por racionalidade, seja por outros fatores (éticos, valores religiosos, etc.), que determinados valores deveriam ser observados e, inclusive, ser inscritos e cultuados, valores esses que conferiram outros contornos à feição garantista¹⁶⁶ inicialmente pensada para as formas jurídicas, seja no direito penal (legalidade estrita), seja no processo (estrita jurisdicionariedade). Por exemplo, no direito penal, para uma maior proteção do indivíduo, passou-se de um modelo de mera legalidade para o de estrita legalidade. Paralelamente, o mesmo ocorreu no processo, pois as garantias, para serem efetivas, precisavam ser bem ordenadas. No processo, migrou-se de um modelo de devido processo legal formal (necessidade de *algum* regramento do processo) para um modelo de devido processo legal material (necessidade não só de um regramento, mas do mais justo para todos).

¹⁶⁴ A respeito da lógica das provas legais: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 108-109.

¹⁶⁵ “A crítica e a superação das provas legais representam uma conquista do pensamento iluminista e da Revolução Francesa” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 110). Contudo, “o abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da ‘livre convicção’, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. (...) E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 112-113).

¹⁶⁶ “O garantismo penal, como se vê, é fruto da evolução da história da humanidade a partir do momento em que se passa a considerar o delinquente – ou suposto delinquente – como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, o qual tem por dever garantir o respeito a ele devido, quer na fase pré-processual, quer durante o julgamento, quer após condenado” (STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 96).

Cumpra agora discorrer a respeito desses valores, os quais, na verdade, preenchem o vazio das formas, dando-lhe sentido e alma, os quais, de fato, ensejam o pronunciamento das nulidades processuais. Falar um pouco do processo histórico pelo qual esses direitos e garantias foram conquistados é importante, até para mostrar que eles são, genuinamente, conquistas recentes, que precisam ser preservadas e, mais que isso, efetivadas na prática.

1.4.1. Breve perspectiva histórica quanto à conscientização, evolução e afirmação dos direitos humanos e direitos fundamentais.

“A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, em sua origem, arrancadas Àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que alguém esteja decidido a mantê-lo com firmeza”¹⁶⁷ (...) “... **o nascimento do direito, como o dos homens, tem sido, uniformemente, acompanhado das vivas dores do parto**”¹⁶⁸

Sem fazer digressões desnecessárias, pode-se afirmar que, antes do Cristianismo, não havia uma concepção frutífera que incutisse entre os indivíduos a noção e o valor de respeito ao ser humano pelo simples fato de ser o que efetivamente é, uma pessoa¹⁶⁹.

Foi mesmo somente com o Cristianismo que surge a noção de pessoa e de unidade do gênero humano, passando a igualdade a se tornar um critério de tratamento¹⁷⁰.

A esse respeito, ensina Ada Pellegrini Grinover que “é com o Cristianismo, através do conceito de transcendência da moral, da pessoa e de seu valor intrínseco, que o homem é visto como fim e não como meio, feito à imagem e semelhança de Deus”¹⁷¹.

Segundo expõe Jorge Miranda, o Cristianismo veio a implodir as principais bases que sustentavam a sociedade romana, por colocar o homem dentro de uma nova posição na comunidade política, bem como ao contestar o caráter sagrado do Imperador, valorizando a pessoa pelo seu valor intrínseco de ser humano, já que criado à imagem e semelhança de Deus; a partir disso, “todos os homens são pessoas com igual dignidade”¹⁷².

¹⁶⁷ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução: João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 23.

¹⁶⁸ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p. 31 (destacamos).

¹⁶⁹ “A idéia de que o ser humano é singular e ocupa posição diferenciada de todas as outras criaturas deita raízes no Cristianismo – a partir das concepções de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus e da inexistência de povo escolhido” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 21).

¹⁷⁰ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, p. 57. Observa-se que, inicialmente, essa igualdade era aceita apenas no plano espiritual, já que se admitia a escravidão. De toda forma, o Cristianismo foi um marco em prol do respeito à dignidade humana.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 08.

¹⁷² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 46.

“O espírito do cristianismo vai penetrando nas instituições. Constantino proclama a igualdade dos acusados, perante a justiça (L 1, Cod. Theod., *de accusat*). Graciano restringe os tormentos mesmo em relação aos escravos; aliás, já Deoclesiano os tinha restringido aos casos graves e de graves indícios (L. 8 Cod. *de quaest.*; L. 10 Cod. Theod., *de accusat*). O mesmo Graciano proíbe prolongar a prisão preventiva (L. 6. Cod. Theod., *de custodia reorum*). Constantino, Gaciano, Honório e Teodósio regulam o regime penitenciário e impõem a visita de inspeção das prisões. Valentiniano inicia o sistema das anistias e perdões no dia da paixão de NOSSO SENHOR JESUS CRISTO. Justino e Justiniano conferem aos bispos o direito de inspeção das prisões e dos processos e a fiscalização da administração da justiça”¹⁷³.

A conscientização rumo a uma maior humanização das instituições, obviamente, não ocorreu de forma fácil ou repentina. O progresso – como bem mostra a experiência acumulada ao longo dos tempos -, não se faz por saltos¹⁷⁴, mas, muito ao contrário, se dá paulatinamente, através de um longo e espinhoso percurso, com muitas pedras no meio do caminho, por muita dor e inúmeros retrocessos. Mesmo com a queda do Império Romano, pode-se dizer que a invasão da Europa pelos povos germânicos não trouxe muito progresso; os bárbaros tendiam a resolver seus conflitos mediante o uso da vingança de sangue (vendetas)¹⁷⁵, a qual foi substituída, posteriormente, pelas ordálias, práticas não menos violentas. A esse respeito, João Mendes de Almeida Júnior afirma que “se o testemunho lhe era contrário, as *ordálias* ou *juízos de Deus* eram empregados. As ordálias consistiam ou em ficar durante um certo tempo n’água, sem asfíxiar-se, ou em mergulhar o braço em água fervente, ou em tocar com as mãos um ferro quente, etc”¹⁷⁶.

Um detalhe interessante é que “se o imputado fosse nobre de muito alto nível, um príncipe, um conde, era-lhe permitido indicar algum subordinado seu para participar dessas provas”¹⁷⁷ O procedimento seguia a lógica acusatória¹⁷⁸.

Não raro era acompanhado de um rigor formal extremo, sobretudo no uso das palavras, lembrando o período das *legis actiones*, do antigo direito romano: “um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a formula e não a verdade do que se pretendia provar. A confirmação de que ao nível da prova só se tratava de um jogo verbal, é que, no caso de um menor, de uma mulher ou de um padre, o acusado poderia ser substituído por outras pessoas. Essa outra pessoa, que mais tarde se tornaria na história do direito o advogado, era quem devia pronunciar as fórmulas no lugar do acusado. Se ele se enganava

¹⁷³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 49.

¹⁷⁴ “... tal qual a natureza, as ciências do pensamento também não fazem saltos”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51). Particularmente, têm-se reservar à ideia de “revolução” (entendida no sentido de uma ruptura) ou mesmo à ideia consubstanciada em uma suposta “quebra radical de paradigmas”.

¹⁷⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 40.

¹⁷⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 53

¹⁷⁷ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23.

¹⁷⁸ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, p. 22-23.

ao pronunciá-las, aquele em nome de quem falava perdia o processo”¹⁷⁹. A acusação, em regra, era privada, isto é, era “coisa de partes”, sendo que apenas em alguns poucos casos – bem curiosos, aliás, como bem observa Michel Foucault –, a acusação deveria ser pública (acusador público), assim ocorrendo nas hipóteses de traição e de relação homossexual¹⁸⁰.

Cabe frisar, com João Bernardino Gonzaga, que “tudo quanto acima está exposto unicamente se aplicava aos nobres, aos cavaleiros, aos homens livres. Os membros das classes servis estavam inteiramente submetidos à vontade dos seus senhores, sujeitando-se a medidas punitivas discricionárias”¹⁸¹. Enfim, se o direito germânico já era em si violento e cruel, a justiça aplicada às classes mais pobres, pelos senhores feudais, não era muito melhor, já que deixados ao mais completo arbítrio. Pode-se dizer que, por influência do direito canônico, houve avanço, *em parte*, com a gradativa superação das ordálias¹⁸², que submetiam o investigado a duras provas físicas, – às vezes, não muito lógicas¹⁸³ – das quais, comumente, sequer saía com vida¹⁸⁴.

Assim, a supressão dos “juízos de Deus” representou, efetivamente, um inegável progresso em relação ao que existia antes. Como bem destaca Karl Heinz Gössel, com o direito canônico houve a previsão de novos institutos destinados a proteger o imputado contra perseguições arbitrárias¹⁸⁵. Por exemplo, instituiu-se, inicialmente, a obrigatoriedade da inspeção judicial e perícia médica para constatar os traços materiais deixados pelo crime de homicídio, não podendo a prova ser suprida pela confissão, o que conferia uma inquestionável garantia, conforme mostra Luciana Russo, em seu estudo sobre exame de corpo de delito¹⁸⁶. Ada Pellegrini Grinover discorre que, em um primeiro momento, o

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.^a ed. Tradução: Eduardo Jardim Moraes e Roberto Cabral de Melo Machado. Supervisão: Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 59-60.

¹⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 56.

¹⁸¹ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, p. 24.

¹⁸² Maurício Zanoide de Moraes, apesar de concordar ter sido benéfica a influência da Igreja sobre os povos bárbaros, haja vista a eliminação das ordálias, ressalva, contudo, que a mudança se dera em prol de um maior controle, pois o processo voltava a ser utilizado como instrumento de dominação política e ideológica (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 45-46).

¹⁸³ “Havia ainda outras provas como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. **Se ela não se afogasse, perdia o processo**, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 60)(destacamos). Ou seja: não tinha escapatória.

¹⁸⁴ Nas ordálias, submetia-se alguém a uma prova física (colocar a mão em água fervente, andar sobre brasas ou mesmo ser jogado em um rio, mas amarrado a uma pedra). Se as feridas cicatrizassem rápido ou se a pessoa sobrevivesse (o que dificilmente ocorria), seria sinal de inocência. Havia também duelos, reservados aos nobres. Consulte-se: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 53; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 97-98; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 39.

¹⁸⁵ GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho: obras completas*. Dirigido por: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 16-17.

¹⁸⁶ RUSSO, Luciana. *Exame de corpo de delito no direito processual*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2005, p. 49-50. Sobre a

sigilo do processo foi instituído para proteger os indivíduos, sendo que “o segredo foi utilizado não apenas para assegurar o bom êxito das investigações, mas também para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, e que os homens de bem sofressem na boa fama; o processo secreto foi documentado pela redução a escrito de todos os seus atos (*quod non est in actis non est in mundo*)”¹⁸⁷.

Se houve avanços (e, de fato, houve) com o direito canônico, em alguns pontos, cabe ressaltar que eles foram provisórios. O sigilo, então usado para proteção do indivíduo, depois foi empregado em seu prejuízo. A necessidade de inspeção (exame de corpo de delito), depois de um tempo, passou a ser dispensável, sendo em muito relativizada.

Houve diversos retrocessos, como a permissão da tortura, em 1252, como meio de obtenção de prova, a qual, como muito bem observa José Reinaldo Lima Lopes, implicou o retorno à irracionalidade típica das provas das ordálias, pois, com os suplícios, acreditava-se “que o justo seria capaz de passar pela tortura e resistir a ela sem confessar”, não deixando de constituir a tortura, ao seu modo, também “uma *prova* à moda antiga”¹⁸⁸.

São de triste memória¹⁸⁹ os processos inquisitoriais dos Tribunais do Santo Ofício, instituídos pela Igreja, para perseguir e punir os hereges.

De fato, a Inquisição, por meio de processo cujo nome ficou conhecido como inquisitorial (canônico), – em procedimento sigiloso, enganoso, arдил, no qual havia grande concentração de poderes na figura do juiz inquisidor, e, em regra, não havia possibilidade de defesa do acusado - chancelou diversas atrocidades absolutamente indefensáveis em um Estado de Direito que se fundamente pelo respeito ao indivíduo. Por isso mesmo, ela é vista e descrita como uma instituição opressora e violenta, o que é inteiramente correto, sendo imprescindível lembrar e discutir a respeito dessa triste parte da história, para que tais barbaridades não mais voltem a ocorrer. O modelo de processo inquisitorial (sobretudo o canônico, já que é dele que se tem um maior registro histórico) serviu de exemplo para ilustrar tudo o que o processo penal *não deve ser*. Sendo assim, muitos dos princípios que hoje são ínsitos a um processo penal justo foram instituídos e passaram a ser cultivados e previstos para evitar os abusos e os crimes praticados pelos agentes nos tempos da Inquisição. Não se pense, contudo, que se possa jogar nas costas da Igreja Católica a culpa por tudo de mau, ruim, abusivo, iníquo e de arbitrário que ocorreu ao longo de toda a

necessidade de inspeção, de se proceder ao “exame de corpo de delito”, há indícios de que o seu surgimento date do período hebraico, já que formalidades do corpo de delito podem ser encontradas no *deuteronômio*, cap. XXI. Consulte-se: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 19.

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 45.

¹⁸⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 107. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 20-22.

¹⁸⁹ Assim fala: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3.ª ed. São Paulo: RT, 2009, P. 42.

história do processo penal. O processo inquisitorial, cabe lembrar, já existia muito antes da Inquisição, e, igualmente, já havia largo emprego da tortura, a qual, aliás, era largamente utilizada desde a Antiguidade, por todos os povos e civilizações do período.

Como muito bem lembra Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart:

“Na Antiguidade, os tormentos eram largamente empregados como pena corporal no Egito, na Grécia, em Roma, na Índia, na China e entre os povos germanos. Existiam diversas legislações que autorizavam e disciplinavam os suplícios. A famosa Lei de Talião, conhecida pela frase ‘olho por olho, dente por dente’, datada de 2000 a.C., autorizava a intervenção corporal na medida do gravame. Não obstante previsse expressamente a reação da parte ofendida, trazia em seu espírito o importante e então inusitado aspecto da proporcionalidade entre o mal causado. Esse princípio constava do Código de Hamurábi, que permitia a empalação, a fogueira, a amputação e a quebra de ossos. Na China, havia as conhecidas cinco penas, ou seja, ‘o homicídio penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com a amputação do nariz e os delitos menores com uma marca na testa’. Posteriormente, criaram-se penas mais cruéis, como ‘abraçar uma coluna de ferro incandescente, esartejamento, tortura, açoitamento, espancamento, distintas formas de pena de morte, furar os olhos com ferro candente e, especialmente, a extensão do castigo à família do autor’¹⁹⁰ (...) “No Egito (...) no caso de condenação, o acusado era preso e conduzido para o tormento previsto na lei. Considerava-se a acusação um dever cívico das testemunhas, ‘*obrigadas a denunciar o crime e prosseguir na acusação, sob pena de umas tantas bastonadas*’ (...) **Havia penas de morte, simples ou qualificada (mediante tortura), mutilação, desterro, confisco, escravidão, trabalho forçado e maldição**. Na Palestina, havia o Tribunal dos Vinte e Três e o Sinédrio, com hierarquia entre si, sendo que o último era o órgão supremo. Existiam penas pecuniárias, de **morte** (por **lapidação, fogo, decapitação, estrangulamento**), de **flagelação** e **excomunhão**. Os relatos históricos levam a crer que para os hebreus os suplícios eram utilizados somente como penas¹⁹¹ (...) “Na Grécia (...) a tortura probatória ‘*era aplicada não só aos escravos como também a cidadãos livres e estrangeiros e descrita por Demóstenes como um meio seguro de obter evidências*’. Em Roma (...) introduziu-se formalmente a **tortura** pela *Cognitio Extra Ordine* e ‘a princípio torturavam-se o réu. Depois, não só o réu como também as testemunhas para que falassem a verdade’. Havia alguns privilégios em razão da classe dos acusados, como os soldados. Com o Cristianismo, foi minimizada a aplicação da tortura. Os romanos **desenvolveram vários métodos de tortura**, muito empregada com finalidade provatória (*quaestio*)¹⁹².

¹⁹⁰ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20-21 (grifamos e destacamos).

¹⁹¹ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 21-22 (grifamos e destacamos).

¹⁹² GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 23-24 (grifamos e destacamos). Quanto aos métodos de tortura, a Autora narra: “usava-se ‘o fogo (tormentum ignis), a fome (tormentum famis), a sede (tormentum sitis), o pano com sal na goela (tormentum ex sale ei lintes), a pendura (tormentum funis vel cordae) e vários animais (tormentum cum capra, onde a cabra lambia até descarnar as solas da vítima, previamente esfregadas com sal; tormentum cum scarabeo onde um escaravelho ou outro inseto era colocado sobre o corpo da vítima e tampado com um vaso, tal como o rato no penico). Usaram diversos tipos de açoite: férula, com uma só correia, scutica, com duas correias entrelaçadas; flagellum, três tiras com nós de osso; plumbatae, várias tiras com bolinhas de chumbo e cabo

A própria justiça secular, na Idade Média, da mesma forma que a justiça dos povos bárbaros, sempre foi extremamente violenta e cruel¹⁹³, sendo tão ou mais arbitrária que a justiça eclesiástica instituída com os Tribunais da Inquisição. João Bernardino Gonzaga afirma que a Igreja sempre foi hostil à utilização de violência nas investigações. Diz que foi no século XIII que a tortura ingressa nos domínios da Inquisição, recurso que já era prática usual do direito comum, sendo que o direito canônico acolheu a medida com cautelas, mediante “condições muito mais suaves, portanto, do que as vigorantes na Justiça secular”¹⁹⁴. Lembra o referido Autor que durante “muitos séculos, após a queda do Império Romano, o Direito laico desconheceu os suplícios como instituição oficial, o que não significa contudo sinal de brandura. Ninguém negará que as práticas punitivas dos povos chamados ‘bárbaros’ fossem violentas, e outro tanto terá ocorrido no regime feudal onde, excetuadas as castas superiores, o homem comum ficava inteiramente entregue aos caprichos do seu senhor, sem forma nem figura de Juízo”¹⁹⁵. No mesmo sentido discorre Olavo de Carvalho, que “a tortura era considerada um procedimento legítimo e praticada em toda parte desde a Grécia antiga. Durante quase toda a Idade Média, caiu em desuso, sendo reintroduzida na justiça civil graças à descoberta – tipicamente renascentista – dos textos das antigas leis romanas. O que a Inquisição fez foi seguir o uso então vigente na justiça civil, mas limitando-o severamente”¹⁹⁶.

“Professor (a), não havia tortura antes da Inquisição? - Professor (a), governos laicos também torturavam? – Professor (a), o mundo antes da Igreja Católica era melhor e mais justo? (...). **A Igreja tem de arcar com seus excessos** (...). Mas o fato é que a Inquisição tinha mais critério e cuidados do que os governos laicos em seus interrogatórios. A Inquisição ibérica, especialmente a espanhola, fugiu ao controle de Roma. Ainda assim, documentação do Vaticano — que se desculpou — dá conta de que, em 125 mil processos, menos de 2% dos

*de madeira. Foram também mestres no emprego de máquinas como a rota (a roda) e o equuleus (cavalete). **A roda, cuja invenção se atribui a Cômodo, tinha aplicação variada: móvel**, servia para esmagar como um rolo compressor; fixa num eixo com manivela, servia para amarrar a vítima, provocar-lhe lentas cambalhotas sobre uma fogueira ou um chão de pregos. **O cavalete**, também conhecido como proto, não passava de um leito de madeira no qual a vítima era atada com braços e pernas separados em forma de X e esticada por meio de dois carretéis, um na cabeceira, outro nos pés, onde as cordas iam se enrolando. Entre as penas capitais, serviam-se da capitação, com machado ou espada, da precipitação do alto da rocha Tarpéia, do afogamento, das feras na arena e da cruz” (GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 23-24)(grifamos e destacamos)*

¹⁹³ Afirma João Mendes de Almeida Júnior, no que tange à justiça dos forais, da época: Havia penas tais como a de ser sepultado vivo, a de cortar o nariz aos ladrões, a *desnudação*, a *descalvação*, já usadas no Código Visigótico, o *desorelhamento*, além das *muletas*, *calumpnias* e *alças*, que eram prestações em dinheiro. No Foral de São Martinho de Mouros há a multa aos moradores das terras vizinhas ao lugar em que é achado um cadáver, se não souberem quem foi o assassino: ‘manda o corregedor que se aguarde um costume mau porque é antigo; porque por este pode ser mais toste descoberto o malfeitor’ (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 69).

¹⁹⁴ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, p. 88.

¹⁹⁵ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, p. 88.

¹⁹⁶ CARVALHO, Olavo de. *O jardim das aflições. De Epicuro à ressurreição de César*: ensaio sobre o materialismo e a religião civil. 2ª ed. São Paulo: É realizações, 2000, p. 35, nota de rodapé n. 14.

acusados foram condenados à morte. Em seis séculos! (...) **Não estou estabelecendo uma hierarquia de assassinatos. Só estou dizendo que é preciso ver a coisa em seu tempo. Isso não é relativismo. É história. Ou, agora, chamaremos de ‘injusta’ a democracia grega porque excluía as mulheres, os escravos e os pobres? E a ação da Igreja Católica tem de ser vista à luz do que era a cultura política e jurídica do seu tempo.** (...) Sempre tomando os chamados ‘direitos humanos’ como referência, pergunta-se: um inquisidor dos séculos 15, 16 ou 17 tinha de seus ‘crimes’ a mesma consciência que tinham de seus respectivos um Stálin ou um Hitler? Não! E a razão é simples: ‘direitos humanos’ também são humanas construções. O estoque de pensamento, nessa área, era muito maior, mais rico e mais variado no tempo em que viveram os dois ditadores do que naquele vivido pelos inquisidores. ‘Sei, Reinaldo, **então a Igreja Católica está livre de pecados!?’**. **Não! Não darei a ela o benefício que os próprios papas, ao longo do tempo, não deram. Só que é preciso saber também quem acusa, não é?** Acabei de ler, por razões profissionais, uns tantos livros de história. **Os professores estão dizendo aos alunos, por exemplo, que, da Revolução Francesa, restou o ideal de ‘liberdade, igualdade e fraternidade’. E, da Igreja, a Inquisição. Trata-se de uma falácia gigantesca. E o Terror jacobino? E as execuções sumárias praticadas inclusive por seus próprios pares? E o Império Romano pré-cristão?’**¹⁹⁷.

Não se pode pretender julgar, condenar e, em alguns casos, até mesmo demonizar a Inquisição (e, por via reflexa, toda a relevante História da Igreja Católica, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁹⁸), sem que se leve em conta o contexto histórico da época.

“Apresenta-se indubitável o fato de que a Inquisição foi opressora, violenta, e nisso possuem inteira razão seus acusadores. São todavia especialmente delicadas as situações em que uma posição doutrinária se assenta em bases corretas, mas depois se desgarrar, cumprindo então verificar em que ponto do caminho ela deixou de estar com a verdade. Começamos lembrando que constitui erro crasso, se não má fé, julgar, à luz das circunstâncias atuais, um episódio histórico que viveu sob o domínio de outras circunstâncias, subjetivas e objetivas, totalmente diferentes. Em trabalhos recentes, vemos que a Inquisição reduziu todo o povo a uma ‘escravidão moral e intelectual’; acusam-na de ‘dogmatismo’, de ‘patrulhamento ideológico’, de ‘manipuladora de consciências’, de se arrogar a posição de ‘única detentora da verdade’; e nesse tom segue todo o palavreado que faz sentido hoje, mas que deve ser utilizado com muito comedimento e sob outros enfoques nas antigas épocas do mundo”¹⁹⁹.

¹⁹⁷ AZEVEDO, Reinaldo. “História e histórias”. In: veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/historia-historias/. (grifamos e destacamos).

¹⁹⁸ Destacando, justamente, a importância da Igreja no curso da história, em especial, no que concerne à limitação do poder real, Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que “na Idade Média, porém, é o reverso que vale: a Igreja usa a concepção para advertir os princípios que seriam ‘protetores e não proprietários’ do povo. Esse apelo significa uma limitação: não se trata de permitir ao príncipe fazer indefinidamente a lei, mas de vincular o poder a uma lei divina que o domina e obriga. Não resta dúvida de que isso instaurou um controle eclesástico sobre a sociedade e a supremacia do direito canônico sobre outros direitos, como forma de explicitação do poder (divino). De certo modo, o conceito de soberania divina, em vez de *aumentar* o poder, provocou, durante séculos, sua limitação” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 09).

¹⁹⁹ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, p. 103.

A Inquisição deve ser lida e analisada em seu devido tempo²⁰⁰, todo imerso em um contexto de absoluta violência e grande misticismo, como observa Aury Lopes Júnior²⁰¹.

Foi justamente esse ambiente, propício a uma série de abusos, que caracterizou toda a Idade Média e parte do Antigo Regime, no qual surgem os Estados Absolutistas, com sua justiça implacável e, em tudo, arbitrária e violenta²⁰².

Ainda que o Absolutismo tenha se mostrado hostil ao pleno desenvolvimento do indivíduo, deve-se ponderar que ele cumpriu ao menos uma função: ofereceu um pouco mais de segurança (ainda que mínima) aos cidadãos, tanto do ponto de vista jurídico (unificação da legislação, absolutamente confusa e diversificada, à época²⁰³) quanto físico (proteção das pessoas pelos órgãos de segurança externa e interna)²⁰⁴.

Contudo, é inquestionável que o indivíduo continuava mesmo muito distante das preocupações do soberano. Na verdade, o cidadão era visto como um súdito, um servo do rei, cujo poder ilimitado constituía a personificação do Estado Absoluto (the king can do no wrong)²⁰⁵, ensejando todo tipo de abuso e de arbitrariedades, sem que houvesse qualquer responsabilização. Como ilustrado acima, o cidadão reduzia-se a um simples objeto de

²⁰⁰ “Às vezes achamos que os romanos, os medievais e os iluministas dos séculos anteriores já pensavam as coisas que nós pensamos e só não conseguiram realizá-las por falta de meios. Podemos também crer que eles eram uns primitivos e que o inexorável progresso é que nos trouxe onde estamos e que só nós somos capazes do uso adequado da razão. Uma história crítica permite suspeitar de afirmações como estas” (LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*, p. 22). Apontando a importância de se ter uma visão crítica e histórica, sobretudo do período medieval, consulte-se: SABADELL, Ana Lucia. “Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura”, p. 273-274.

²⁰¹ “Convém recordar que a inquisição é fruto de sua época, marcada pela intolerância, a crueldade, e a própria ignorância que dominava. Não deve ser lida (ou julgada) a partir dos parâmetros atuais, pois impregnada de toda uma historicidade que não pode ser afastada” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 167, nota de rodapé n. 374).

²⁰² Para se ter uma dimensão do arbítrio presente nas legislações da época, bem como dos abusos cometidos àquele tempo, é interessante consultar as Ordenações Filipinas (Livro V) do reino de Portugal, as quais sintetizam o espírito de uma época, prevendo penas extremamente desproporcionais e discriminatórias, a exemplo do que já ocorria nas anteriores Ordenações; o mesmo, aliás, já se dava nas antigas leis que tiveram aplicação no território da Península Ibérica, tais como o *Liber Judiciorum*, Cartas de Forais, Sete Partidas, Lei das Posturas, etc. O Livro V das Ordenações Filipinas (dedicado às questões penais) pode ser consultado na obra de José Henrique Pierangeli, dedicada ao estudo histórico dos Códigos Penais do Brasil: PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: RT, 2004, p. 95-217

²⁰³ Só para ter uma noção da insegurança jurídica reinante na Idade Média, entre nós, Mariângela Gama de Magalhães Gomes bem mostra que, no que tange ao direito germânico franco-alemão, a *Constitutio Criminalis Carolina*, do imperador Carlos V, de 1532: “deixava a escolha do tipo e da medida da pena aos bons costumes e ao juiz, assim como permitia a aplicação analógica do direito positivo aos ‘casos penalmente inominados’. Reconhecia também inúmeras outras fontes de direito, de maneira que não oferecia nenhuma garantia frente aos castigos extralegais” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 06, nota de rodapé n. 02).

²⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo, RT, 2009, p. 30.

²⁰⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 73.

poder do soberano²⁰⁶, o que influenciava a própria concepção que se tinha a respeito do direito da época (cruel e desproporcional) e, também, como não poderia deixar de ser, da ideia de processo. Assim, é natural que houvesse grande concentração de poderes nas mãos do juiz-inquisidor. Na verdade, o processo então vigente nada mais constituía que um espelho do modelo de Estado da época: despótico²⁰⁷.

Frente aos abusos decorrentes do poder absoluto, ainda que de forma incipiente, foram surgindo, já na Baixa Idade Média, bem como durante toda a Idade Moderna, documentos importantes reconhecendo direitos, sempre com o objetivo de limitar o poder estatal. Entre os principais, podem ser citados os de origem inglesa, como a Magna Carta outorgada por João Sem-Terra, em 1215, o *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, bem como o *Act of Settlement*, de 1701²⁰⁸.

A Magna Carta de 1215, o mais significativo entre todos os documentos citados, decorreu de uma imposição – na verdade, um acordo disfarçado²⁰⁹ – da nobreza frente ao Rei João Sem Terra, para que fossem respeitados os direitos, franquias e imunidades dessa classe, tendo constituído um instrumento protetor dos nobres contra os excessos da Coroa.

Dessa forma, a Magna Carta de 1215, de fato, não ostentava, na aguda crítica de José Carlos Vieira de Andrade, um caráter de proteção geral²¹⁰. Contudo, ainda assim esse documento deve ser reconhecido pelo seu pioneirismo no que concerne à previsão de um devido processo legal, inicialmente lido sob a locução *Law of land*, conforme já expressava o artigo 39²¹¹. A respeito disso, Fábio Konder Comparato discorre que o documento foi, de fato, inovador, pois se reconheceram direitos da nobreza e do clero independentemente do consentimento do monarca, de forma que, devido a essa limitação institucional dos poderes reais, a Magna Carta de 1215 pode ser considerada um embrião da democracia moderna²¹².

Luigi Ferrajoli, por seu turno, afirma que a “Magna Charta” inglesa de 1215 foi o documento legal em que houve a primeira enunciação do princípio da submissão à jurisdição, exprimindo, de forma mais ou menos explícita, três fundamentais garantias: (1) o *habeas corpus* ou a proteção do cidadão frente às ingerências indevidas contra sua

²⁰⁶ GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en El Estado de Derecho*, p. 19.

²⁰⁷ GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en El Estado de Derecho*, p. 19.

²⁰⁸ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*, p. 55-56.

²⁰⁹ Como afirma Ada Pellegrini Grinover, “apesar da forma de outorga de direitos, disfarçou um acordo de vontade entre o monarca e os súditos revoltados” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 08, nota de rodapé n. 08).

²¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 25.

²¹¹ Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado o termo devido processo legal, já no século vindouro, sob o reinado de Eduardo III, em 1354, foi substituída a expressão *legem terrae* por *due process of Law*. A respeito: PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*, p. 75-80.

²¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76.

liberdade pessoal; (2) a reserva de jurisdição em matéria penal e (3) a presunção de inocência, já que, sem juízo legal e antes de qualquer conclusão, nenhum homem pode ser tratado ou punido como se culpado fosse²¹³. Como bem coloca Ada Pellegrini Grinover, a Magna Carta pode ser considerada “um antecedente das modernas Constituições”²¹⁴.

Não obstante o avanço alcançado com todos esses documentos, foi mesmo só com o Iluminismo que veio o golpe fatal contra o Antigo Regime, ao posicionar o homem no centro das preocupações do Estado. Assim, foi ressaltado que o Estado só se fundamenta e se justifica em função do indivíduo, e não o contrário. Foi com o Iluminismo que, de forma mais gritante, os ideais de igualdade ganharam maior ressonância, tornando-se um ponto essencial até mesmo para a própria organização estatal²¹⁵. A respeito dessa questão, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, em estudo a respeito da igualdade, mostra que Thomas Hobbes já havia refutado as ideias de Aristóteles quanto a uma suposta desigualdade natural entre as pessoas; a autora discorre que Rousseau, depois, desenvolveu melhor a ideia de isonomia, ao discorrer que o homem nasce em igualdade pelo fato de ser livre, sendo que a sociedade, o governo e as leis surgem para solucionar o problema da distribuição de bens a favor de quem é ameaçado pela sua disputa; afirma a autora que a solução encontrada para justificar essas desigualdades e legitimar a obediência de todos perante a lei só poderia decorrer do contrato social, em prol do valor liberdade, mencionando que foi Rousseau quem mostrou que ser igual significa ser igual em liberdade, porque a liberdade é a única característica presente e comum a todos os homens ao nascer²¹⁶. Em outras palavras, com isso foi se sedimentando o postulado iluminista de que a liberdade não precisa ser justificada; na verdade, o que precisa de justificação é justamente a sua restrição, o que tem grande impacto nas ciências penais.

É desse período histórico que surgem estudos enaltecendo a liberdade, em detrimento do poder absoluto. Na esfera penal, especialmente, pode-se citar, como um dos expoentes de seu tempo, Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria, ou, simplesmente, Beccaria, que, com o seu *Dos Delitos e Das Penas*, de 1764, inaugurou uma nova fase no direito penal, contribuindo para tornar o sistema penal menos arbitrário e desproporcional, conforme bem avalia Antonio Scarance Fernandes²¹⁷.

Nesse contexto propício ao culto das liberdades, direitos passaram a ser inscritos em declarações e cartas de direitos, sendo pioneiros, nessa seara, os norte-americanos, com sua Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), datada de 1776. Depois vieram os franceses,

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 433.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 08, nota de rodapé n. 08.

²¹⁵ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 27.

²¹⁶ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 28-30.

²¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 56.

com seus “ideais revolucionários”²¹⁸, que tiveram grande importância para disseminação dos direitos humanos, com a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, texto similar às Declarações estadunidenses, conforme observa a doutrina²¹⁹, sendo diferentes apenas na visão de cunho político. Em geral, os franceses não acompanharam a concepção mais individualista das declarações norte-americanas, depositando os franceses, por seu turno, uma maior confiança na capacidade de intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral, do bem comum²²⁰.

Todo esse clima gerou muitos frutos, influenciando a legislação dos mais diversos países. No processo penal, em harmonia com tais postulados, houve o florescimento de uma linha de pensamento designada por escola clássica, na Itália, doutrina que deu grande importância ao valor liberdade, na qual se entendia que o imputado deveria ser portador de diversos direitos, frise-se, de “relevância prioritária e autônoma”²²¹.

A respeito dessa escola, e de sua influência para o processo penal, Ada Pellegrini Grinover anota que, quanto à persecução penal, que “Carrara, chegando a excluir de modo categórico a finalidade repressiva do processo penal, colocou, qual seu escopo, a defesa do indivíduo contra o possível arbítrio da autoridade. No formalismo do processo, via-se não apenas a expressão de uma exigência de organização, de economia e de eficiência, mas, sobretudo e essencialmente, uma função garantidora contra a prepotência”²²².

Posteriormente, houve reação da escola positivista, na Itália, que, aliada à doutrina da defesa social, cujo nome foi cunhado pela escola de origem francesa, via no imputado alguém cujos direitos poderiam ser relativizados, de forma ampla, caso assim se entendesse necessário, em prol do interesse repressivo estatal; obviamente, nesse tipo de escola, “o rito procedimental, conseqüentemente, não mais era concebido como um sistema de limites à atividade estatal”²²³. Cabe destacar que os teóricos positivistas, na Itália – muitos dos quais,

²¹⁸ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins lembram que os ideais revolucionários franceses, apesar de trazerem inegáveis avanços em racionalidade, inseriram “um novo elemento à filosofia política: a hipocrisia” (DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 27). De fato, não há como deixar de mencionar o terror e a barbárie decorrentes da Revolução Francesa (milhares de mortes na guilhotina). No ponto, não obstante os franceses sejam idealizadores do princípio da presunção de inocência (muito embora ele já estivesse previsto – embora com outro nome - na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1787, parágrafo 8.º), é fato notório e inquestionável que muitas cabeças rolaram sem a menor observância a esse princípio (presunção de inocência). Como afirma Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, “aos inimigos da Revolução não se garantiram os direitos do homem. (...) Em junho de 1794 executaram-se 2 mil pessoas em Paris. A guilhotina funcionava seis horas por dia. Estava em operação o terror judiciário”. (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 34-35). Cabe destacar que a hipocrisia não se restringe apenas aos franceses, mas também aos norte-americanos, bem como à maioria das nações, inclusive à nossa.

²¹⁹ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 23-24.

²²⁰ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 24.

²²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 59.

²²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 59.

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 60.

conscientemente, ou não – deram suporte teórico para justificar as práticas do Fascismo, e do autoritarismo igualmente presente no Nazismo, bem como no Stalinismo.

No início do século XX, com o florescimento do constitucionalismo, dado o horror aos regimes totalitários, bem como das duas grandes guerras mundiais, o conteúdo das principais declarações de direitos humanos veio a ser positivado na Constituições das Nações, passando a vigorar como direitos positivos de cada Estado²²⁴.

Inicia-se, assim, a fase do constitucionalismo moderno, que visa impor limites ao poder, ensejando uma nova concepção de Estado de Direito, alicerçado na separação de “poderes”²²⁵, dos quais o Poder Judiciário constituiria um verdadeiro *contrapoder*, como observa Luigi Ferrajoli²²⁶, para fazer frente aos abusos dos demais, em prol da tutela dos direitos e garantias, bem como da ordem constitucional e legalmente instituída²²⁷.

Surge, também, nesse período, a noção legal de responsabilidade estatal (Estado), sendo corolários também a responsabilidade de seus governantes e das autoridades, não sendo por acaso que, à época, muitas monarquias caíram para darem lugar à república²²⁸.

Para cumprimento desses objetivos, vem-se entendendo, modernamente, que a Constituição não só fornece anseios ou programas políticos, mas, sobretudo, estabelece vínculos jurídicos. A Constituição, dessa maneira, seria muito mais que uma mera “Carta” política de intenções²²⁹, o que repercute em toda teoria dos direitos fundamentais.

O constitucionalismo, nos dias de hoje, não visa tutelar apenas a maioria, mas, sobretudo, garantir os direitos de uma minoria, ainda que contra a vontade da maioria²³⁰.

Assim, mais e mais, a ordem jurídica, em um Estado de Direito, pressupõe certeza e estabilidade na proteção de direitos, bem como com relação a expectativas juridicamente relevantes, ainda mais em se tratando de questões relativas à persecução penal, em que tais

²²⁴ A partir de então se apresenta a dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo estes previstos, internamente, dentro do ordenamento jurídico de cada Estado nacional - geralmente na sua Constituição, mas, em muitos países, também na legislação esparsa - enquanto aqueles (direitos humanos) ostentam uma previsão propriamente internacional.

²²⁵ Na verdade, melhor falar em separação de funções, já que o poder é uno e indivisível: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

²²⁶ “E o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um *contrapoder*, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos atos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 465).

²²⁷ GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en El Estado de Derecho*, p. 25.

²²⁸ “Falar em República, pois, é falar em *responsabilidade*. A noção de República caminha de braços dados com a idéia de que todas as autoridades, por não estarem nem acima, nem fora do Direito, são responsáveis pelos danos a que derem causa, podendo, por conseguinte, ser compelidas a ressarcir-los” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 74).

²²⁹ Por isso parte da doutrina discorre ser inadequado denominar a Constituição do Estado como “Carta Política”. (DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 18).

²³⁰ É o que os estudiosos denominam como democracia substancial, “que estabelece não apenas a sujeição às decisões da maioria, senão para além, estabelecendo limites à própria escolha majoritária” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 27, nota de rodapé n. 79).

exigências de certeza são “particularmente intensas”²³¹, o que reflete no tratamento de seus institutos, mormente no das nulidades processuais penais.

Para atingir esse nível de consciência, de que os direitos e garantias devem ser respeitados (senão por bondade, por uma questão de inteligência), de que ninguém pode ser julgado à margem do devido processo legal, a humanidade teve que percorrer um longo caminho. Esse percurso foi trilhado em meio a experiências históricas traumáticas, mas que foram importantes para mostrar que não se pode abrir mão de alguns valores.

Sobretudo porque todas essas experiências são muito recentes, em termos de história, deve-se pensar muitas vezes antes de demonizar direitos e garantias.

Como visto, não foram poucos os retrocessos quanto à tutela de direitos humanos e fundamentais, sendo que o estudo da história é importante justamente para evidenciar que os abusos e violações ocorridos no passado podem voltar a ocorrer. Em tema de direitos fundamentais, há um pêndulo histórico que ora acena para uma tendência quanto a uma maior proteção do indivíduo frente ao Estado, ora acena para o cenário oposto (arbítrio).

Cumpra às pessoas ficarem alertas para identificar e agir no exato momento em que os direitos e as garantias fundamentais estiverem ameaçados.

Analisar a marcha histórica, em matéria de direitos fundamentais, com vistas à humanização da persecução penal, mostra-se necessário, pois ela demonstra que, em diversas épocas, ao lado de algumas conquistas, também houve inúmeros retrocessos, o que indica o quanto é perigosa a ampla relativização dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, antes de se proceder a qualquer flexibilização de direitos e garantias, é sempre necessária muita reflexão, pois se deve ter presente a advertência e a indagação de Maurício Zanoide de Moraes, já que, afinal, “não são por pequenas trincas que se destroem os grandes diques?”²³² Esse questionamento é muito importante e sempre deve ser feito em matéria de direitos fundamentais, que tem relação direta com o processo penal e o tema objeto desta Dissertação, as nulidades processuais.

A conformação do ordenamento ao Estado de Direito Democrático, juntamente à conscientização de que os direitos fundamentais devem ser tutelados (ainda que contra a vontade da maioria) aliado à concepção de que se deve resguardar o indivíduo contra todo e qualquer tipo de abuso (violência ilegítima) – dentro de uma vertente de limitação do poder, própria do constitucionalismo²³³: todo o exposto repercute no modo como o direito é

²³¹ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 23.

²³² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 96 (grifamos).

²³³ “**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia que ergue o princípio de governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno

construído. Em seara penal, tem-se prestigiado sistemas jurídicos que procuram seguir o modelo de justiça que se convencionou denominar por garantismo penal.

No ponto, é esse o modelo seguido neste trabalho, o que terá sérias implicações no tratamento da teoria das nulidades processuais.

1.4.2. Os direitos fundamentais e sua compreensão hoje.

Os direitos fundamentais, em sua maioria²³⁴, encontram-se hoje positivados nas Constituições de grande parte dos Estados Nacionais, servindo de norteamento e limite à aplicação e interpretação de todos os demais institutos jurídicos, inclusive o das nulidades.

Nesse sentido, pode-se dizer **o direito, em sua integralidade**, tem (ou deveria ter) **instrumentalidade constitucional**. Com efeito, todos os troncos e matérias do direito (não só a seara processual) **pressupõem essa instrumentalidade constitucional**²³⁵, para a tutela dos direitos e das garantias fundamentais. Portanto, é dizer pouco, sendo um tanto quanto impreciso definir o processo penal apenas por meio dessa mesma instrumentalidade, já que ela é ínsita e está presente em todas as demais disciplinas jurídicas.

Afinal, se não houver conformidade ou instrumentalidade constitucional, haverá inconstitucionalidade (o que vale para qualquer matéria do direito)²³⁶.

A origem dos direitos fundamentais, positivados hoje nas Constituições, é antiga, passa pelo direito natural, sendo que uma melhor teorização e profícua construção só foram possíveis com o Iluminismo. Os direitos humanos e direitos fundamentais ganharam uma maior importância e destaque devido às arbitrariedades testemunhadas durante as duas guerras mundiais do século XX, colocando-se, como nunca, o problema da efetividade desses direitos (ou seja, que a sua proteção saia do papel e seja implementada na prática).

A partir de então, e, talvez - como nunca antes na história - os estudiosos abriram os olhos para o problema relacionado à efetividade desses direitos, sendo que, hoje, esse ainda é o principal dilema que envolve os direitos fundamentais, pois, não obstante haja sua previsão normativa, só isso não tem se mostrado suficiente para evitar abusos.

representará uma *técnica específica de limitação do poder fins garantísticos*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 47).

²³⁴ Pode haver direitos fundamentais fora do texto da Constituição, por exemplo, ao serem ratificados por meio de tratados e convenções internacionais. Esse é o modelo seguido pelo nosso sistema jurídico: artigo 5.^º, §§ 2 e 3º da Constituição da República do Brasil.

²³⁵ Quanto à constitucionalização de todo o direito e dos princípios gerais de direito civil, que perderam sua posição de primazia ante a Constituição, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. 22.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 75.

²³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28.^a ed. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

Os direitos fundamentais tiveram, desde os primórdios, e até recentemente, uma justificação toda pautada no direito natural, no sentido de serem “direitos inatos” e intrínsecos ao ser humano, baseado esse direito em uma suposta natureza das coisas²³⁷.

Contudo, em decorrência de, ao longo dos tempos, ter havido as mais variadas concepções de direito(s), dadas as disparidades entre o que pode ser considerado lícito ou ilícito, bem como, em última medida, entre o que deve e o que não deve ser reputado crime²³⁸, o fato é que a tese quanto à existência de um direito natural, intrínseco à natureza das coisas, restou enfraquecida. Até hoje, não se conseguiu bem localizar o “DNA”, que separaria o lícito do ilícito. O fato de haver grandes diferenças entre o que prevê cada ordenamento jurídico contribuiu para o desprestígio de um direito de base “ontológica”, não se podendo falar, assim, de uma lei universal, ou de uma moral aplicável a todos os seres humanos. Por isso, ainda hoje é possível notar que alguns “comportamentos como a homossexualidade, a toxicomania ou a bigamia são puníveis em determinados países e, em outros, não”²³⁹, sendo bem surpreendente como determinados atos são muito bem aceitos em alguns lugares e em outros, por seu turno, são, praticamente, demonizados.

“Pascal, por exemplo, que não duvidava, evidentemente, de seus cálculos e da exatidão das ciências enquanto ciências, era assaltado por dúvidas no plano do agir ou da conduta humana. Focalizando, por exemplo, o problema da justiça impressionava-se ele com a variação dos critérios legais de país para país, e mostrava-se perplexo na consideração do valor do justo. Que verdade moral é esta que dois graus da latitude bastam para destruir? Que verdade moral é esta posta como absoluta e objetiva quando ela se revela a quem, e outra além dos Pirineus?”²⁴⁰.

Também as diversas e inconstantes circunstâncias sob as quais viveu o homem (ou melhor: sobreviveu), no curso da história²⁴¹ desprestigiam a tese de um direito natural, de um direito inato à natureza humana. Apesar de o direito natural ser, de fato, uma teoria

²³⁷ Adotando, ainda, a ultrapassada compreensão naturalista dos direitos fundamentais: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 84.

²³⁸ “Basta considerar que, em Esparta, eram punidos, como crimes, o celibato, a introdução de ouro ou prata na cidade, o excesso de gordura, o talento culinário, etc., etc., ao passo que não eram reprovados, nem o adultério, nem o furto praticado com habilidade, etc.” (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 14.).

²³⁹ FALCÓN Y TELLA Fernando & FALCÓN Y TELLA, María José. *Fundamento e finalidade da sanção*, p. 133.

²⁴⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

²⁴¹ Conforme explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: “O mito da pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais decorre da ideologia dos autores das primeiras Declarações de Direitos nos Estados Unidos e na França, que consideravam esses Direitos como naturais, inalienáveis e mesmo sagrados, e sua proclamação como mero reconhecimento daquilo que já existia. Tal afirmação carece de fundamento. A ‘natureza do homem’ só se encontra nos dados de sua constituição biológica. Nenhum direito ou obrigação, nenhuma regra de conduta social pode ser deduzida da natureza humana. Isso é de fácil comprovação histórica já que o ‘homem’ viveu sob os mais variados regimes sociais e isso não seria possível se a sua natureza fosse sempre a mesma ou se tal suposta natureza fosse determinante para a outorga de direitos que nada mais seria do que o seu reconhecimento pelo poder político” (DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 50).

instigante, e, em certo sentido, romântica, o fato é que o direito natural, com algumas exceções²⁴², vem perdendo adeptos, pois, da mesma forma que serviu para fundamentar um tratamento mais digno e humano de todos os indivíduos, também foi utilizado ao escopo oposto. Já se sustentou, com base no direito natural, a existência de desigualdades naturais entre as pessoas, o que, ao longo da história, acarretou a “justificação” dos mais variados tipos de controle e de exploração de um homem por outro. Sob todos os prismas, é acertado entender que o direito não tem mesmo uma base de cunho ontológico²⁴³

Dado o declínio da tese naturalista entre os estudiosos²⁴⁴, passou-se a entender que os direitos fundamentais são fruto de um consenso quanto à “essencialidade” de proteção de determinados valores, em prol do indivíduo e da própria convivência social (frise-se: uma necessidade individual), consenso esse que, conforme se entende neste trabalho, veio a ser solidificado e legitimado mediante o processo histórico.

“Não pretendemos dizer, com o afirmado, que o homem dá à sua vida social o sentido e o conteúdo que bem lhe apraz. Ele é prisioneiro do meio físico em que habita e da herança cultural e biológica que carrega consigo, porém, mesmo sendo assim limitado, ainda é compelido a dar sentido a seu viver, condenado que foi à necessidade de optar. Também não pretendemos afirmar que a ordem social resulte do capricho de algum ou de alguns homens”²⁴⁵.

Evidentemente, o consenso só pode se tornar vinculante desde que veio a ser positivado, isto é, mediante a sua inscrição em uma norma constitucional formal²⁴⁶, a qual - para ser considerada também constitucionalmente válida - não exclui, mas antes pressupõe toda uma análise referente à historicidade e à legitimidade desses direitos.

Caso contrário, se incorrêssemos em um relativismo radical ou ceticismo extremo - aliás, a nosso ver, perigoso e inútil, que deve ser sempre combatido²⁴⁷ - não seria possível

²⁴² Mantém-se ao direito natural: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*, p. 86

²⁴³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 220.

²⁴⁴ “Por mais que choque aos que têm sede e fome de absolutos, é inaceitável que se tenha o direito, em nossos dias, como algo *dado previamente e revelado* aos homens por alguma divindade ou inferível em termos universais e necessários, a partir de um operar da racionalidade humana” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 09).

²⁴⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 11

²⁴⁶ “Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério *formal*, relativo à forma de sua posituação” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68).

²⁴⁷ “Podemos, aqui, distinguir duas atitudes céticas, que se têm revelado na História. Uma prende-se ao ceticismo da velhice, do abandono do poder criador do homem. É o ceticismo que aparece nas épocas em que uma civilização perde consciência de seu próprio destino, ou de seus valores. É o ceticismo do cansaço, dos que se sentem pequenos para a tarefa que outros souberam elevar tão alto: - é o ceticismo, por exemplo, da Nova Academia, em contraste com as afirmações maravilhosas do ciclo platônico-aristotélico. Em contraposição a esse, há o ceticismo metódico das épocas adolescentes e jovens, como, por exemplo, o de Descartes, com a dúvida metódica, não para fugir ou renunciar à verdade, mas para abrir caminhos mais seguros à conquista da verdade mesma. É a atitude cética ascendente das épocas históricas em eclosão, mas *ceticismo provisório*, que alberga as condições de seu superamento” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 164).

vincular o Poder Constituinte (originário) a nada, pois se daria ao Constituinte carta branca para absolutamente tudo. E esse não é o objetivo do constitucionalismo moderno.

Neste sentido, é não só útil, mas também necessário situá-lo dentro de uma ideia de limitação do poder (insista-se: própria do constitucionalismo), sendo adequado cultivar uma concepção de continuidade histórica de proteção de direitos, especialmente no que concerne à tutela dos direitos fundamentais.

Como bem discorre Jorge Miranda, o Poder Constituinte – mesmo originário - não pode ser identificado com um poder soberano, absoluto, estando também sujeito a limites materiais. Portanto, “entre eles avultam os que se prendem com os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade humana. Seria inválido ou ilegítimo decretar normas Constitucionais que gravemente os ofendessem (v. g., que estabelecessem o arbítrio no seu tratamento pelo Estado, que negassem a liberdade de crenças ou a liberdade pessoal, que criassem desigualdades em razão da raça ou em Portugal, pelo menos, que restaurassem a pena de morte)”²⁴⁸. A proibição de retrocesso - embora seja uma teoria recente e, em muitos aspectos, complexa (também sujeita a questionamentos) - deve ser acolhida, podendo-se, a partir dela, obter bons frutos, especialmente no que tange ao cultivo e resguardo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A proibição de retrocesso, nessa seara, deve prevalecer mesmo em detrimento da romântica ideia de “revolução” – identificada como uma “ruptura”, ou de uma “suposta” “quebra radical de paradigmas” – sobretudo quando essa “quebra” colocar em risco a marcha histórica e todos os ganhos dela decorrentes (frise-se: arduamente conquistados), especialmente no que diz respeito à compreensão da razão de se protegerem alguns direitos e garantias considerados fundamentais, mediante sua inscrição em documentos formais.

1.4.2.1. As gerações de direitos.

Com relação aos direitos fundamentais, a doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em diversas gerações, muito embora uma parte dos estudiosos critique o uso do termo “geração”²⁴⁹, pois ele, supostamente, implicaria uma ideia de substituição entre as

²⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 546. O que também vale para o conceito de ilícito, pois, como bem afirma Miguel Reale Júnior, ainda que não haja um conceito ontológico de ilícito: “não adoto, todavia, uma posição relativista, pois se não acolho a idéia de um conceito ontológico naturalista de crime, considero, no entanto, que há um processo de revelação de valores no curso da história que se incrustam na consciência das pessoas de determinada cultura e que vêm a constituir o *núcleo duro* do Direito Penal” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, p. 09, nota de rodapé n. 25).

²⁴⁹ Criticando a denominação de “geração” de direito: DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 30.

várias categorias de direitos fundamentais, sugerindo, ainda que de modo implícito, uma menor importância dos direitos de 1.^a geração em relação aos demais.

Alguns autores preferem fazer uso do termo dimensões²⁵⁰ ou categorias²⁵¹ de direitos humanos e fundamentais, em vez, propriamente, de geração. Não há, entretanto, nada de errado com o uso do termo geração, não havendo a propalada ideia de gradação de importância entre os direitos fundamentais com o uso dessa palavra. Deve ficar claro, de toda forma, que as gerações de direitos não se excluem, mas, antes, se complementam.

Neste trabalho será utilizado o termo geração, fazendo-se apenas esta ressalva: a noção de geração não deve transmitir a falsa impressão de que alguns direitos teriam surgido antes de outros, do ponto de vista cronológico, o que, em se tratando de direitos fundamentais, seria de todo equivocado sustentar. Como adverte uma parte da doutrina, muitos dos direitos de 2.^a geração (a própria ideia de segurança pública, por exemplo) foram concebidos logo nas primeiras declarações de direitos do século XVIII²⁵² (e mesmo antes delas), muito antes da crise do Estado liberal, na primeira metade do século XX²⁵³.

1.4.2.1.1. Os direitos de primeira, de segunda e de terceira geração.

Pois bem, esclarecido o exposto, pode-se dizer que os direitos de 1.^a geração estão mais ligados à liberdade do indivíduo, sendo identificados como direitos à não-intervenção estatal. São direitos negativos, nos quais o sujeito tem, em relação ao Estado, a garantia de que este não irá interferir na sua esfera de liberdade. Haveria para o Estado um dever jurídico de abstenção, um limite em relação ao qual não deveria ultrapassar, sob pena de violar a liberdade do cidadão. Os direitos de 1.^a geração constituem, assim, um direito de resistência, tradução que melhor se coadunaria com a palavra alemã *Abwehrrecht*, segundo entendimento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁵⁴.

São elencados como exemplos: o direito à vida, à intimidade, à liberdade (física, religiosa, de expressão, manifestação, de associação), o direito de reunião, de propriedade. São os direitos de liberdade em geral, sendo direitos negativos, aos quais se contrapõem, como reverso, os deveres de não-ingerência estatal.

²⁵⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468

²⁵¹ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 31.

²⁵² “Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), pode-se apontar o artigo XII que prevê: ‘A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita da força pública; esta força é instituída pela vantagem de todos e não para a utilidade particular daqueles aos quais foi confiada’” (VILARDI, Rodrigo Garcia. *Redução da insegurança pública: política pública de segurança ou política de segurança pública*. Estudo de caso. Dissertação {Mestrado} apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo {USP}, São Paulo, 2010, p. 29).

²⁵³ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 30-31.

²⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 56.

Já os direitos de 2.^a geração são os pertencentes a toda coletividade, identificados, por exemplo, com o direito à segurança pública, o direito à educação, o direito ao trabalho, ao bem-estar social. São postos em prol do valor igualdade, para que sejam oferecidas a todos as mesmas condições e oportunidades, em prol de uma vida digna e justa²⁵⁵.

Os termos (direito social e coletivo) se justificam porque o objetivo desses direitos consiste em fornecer uma melhora de vida generalizada a vastas categorias da população, observando-se que isso não os torna direitos, propriamente, coletivos²⁵⁶.

Como ensina a doutrina, todos os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, sendo que, por isso mesmo, não são só individualizáveis, mas são direitos cujo exercício é sempre individual²⁵⁷.

Os direitos sociais vieram a ser tutelados, de forma mais efetiva, no século XX, sendo pioneira a Constituição do México, de 1917.

Nos direitos de 2.^a geração não haveria, propriamente, um direito negativo, por exemplo, à abstenção do Estado, ou de não-ingerência estatal na esfera de liberdade do indivíduo, mas, ao contrário, um direito mais ligado à intervenção do Estado, isto é, a uma ação, por meio de uma conduta positiva, em prol do valor igualdade.

Os direitos de 3.^a geração, por seu turno, seriam mais abrangentes, direitos difusos, como o direito a um meio ambiente saudável, os direitos dos consumidores e os direitos de solidariedade entre países e grupos sociais. O grande problema desses direitos é que, de certa forma, tudo que pertence a um número indeterminado de pessoas acaba, no fundo, não pertencendo a ninguém, ou, em outras palavras. Um dos principais dilemas desses direitos está no conteúdo, já que não há como determinar o que cada titular do direito pode fazer ou exigir para sua satisfação, como ocorre com os outros direitos fundamentais mais individualizáveis²⁵⁸.

²⁵⁵ A partir das procedentes críticas do marxismo ao modo de produção capitalista, houve a implementação de uma teorização de muitos direitos sociais, sobretudo em prol do trabalhador, já que, à época, como denunciavam Karl Marx & Friedrich Engels: “à medida que o maquinismo e a divisão do trabalho aumentam, cresce também a massa do trabalho, seja pelo aumento do trabalho exigido em determinado lapso de tempo, seja pela aceleração do movimento das máquinas, etc. A indústria moderna transformou a pequena oficina do mestre artesão patriarcal na grande fábrica do capitalista industrial. Contingentes de operários, apinhados na fábrica, são organizados de forma militar. São colocados como soldados rasos da indústria, sob o controle de uma hierarquia completa de suboficiais e de oficiais (...) Esse despostismo é tanto mais mesquinho, mais odioso, mas exasperante, quanto mais abertamente proclama que seu fim último é o lucro” (ENGELS, Friedrich & MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 35-36).

²⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 57

²⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 57

²⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 62.

1.4.2.2. Os direitos fundamentais: observações a respeito do direito a prestações e a omissões por parte do Estado.

“Quanto à expressão ‘liberdades públicas’, convém notar inicialmente que não se entendem por *públicas* as liberdades que envolvam relações do homem com os órgãos estatais, reservando-se o termo *privadas* para as relações concernentes aos particulares entre si. Todas as liberdades são públicas, porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção. O que torna pública uma liberdade (qualquer que seja o seu objeto) é a intervenção do Poder, através da consagração do direito positivo; estabelecendo, assegurando, regulamentando as liberdades, o Estado as transforma em poderes de autodeterminação, consagrados pelo direito positivo”²⁵⁹.

Com relação a todas essas concepções referentes às gerações de direitos, é imprescindível destacar que há equívoco em se imaginar que somente os direitos sociais (2.^a geração) implicariam ações positivas, mediante prestações, por parte do Estado, enquanto os direitos de 1.^a geração importariam sempre omissão estatal, a fim de não macular o direito de liberdade do cidadão. O equívoco resta mais grave quando, a partir dessas conceituações, passa-se a imaginar que os direitos de 1.^a geração implicariam o comodismo estatal (bastaria um não agir), ao passo que os direitos sociais impulsionariam a concepção promocional do direito, sendo, supostamente, mais importantes que os outros.

No ponto, deve-se acabar com o mito de que os direitos de 1.^a geração diriam respeito apenas ao direito à omissão ou a uma não-intervenção estatal, pois muitos direitos de liberdade, para serem efetivamente tutelados e implementados, requerem massivas prestações estatais²⁶⁰, frise-se, não só do Executivo, mas sim de todos os demais “poderes”.

Por exemplo, o direito à liberdade (em geral), para ser devidamente tutelado, requer toda uma previsão normativa e toda uma estruturação do Estado (recursos humanos e materiais), o que implica dizer que, para sua efetividade, há a necessidade de o Estado atuar e intervir em todas as searas (seja legislando, seja administrado, seja julgando).

Quando se garante o *habeas corpus* para tutelar a ameaça ou violação do direito de locomoção, isso implica que o Estado tem que organizar todo um sistema legal, bem

²⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 11.

²⁶⁰ A esse respeito, seguem as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido para caso específico, à fl. 31, do acórdão: “... clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, da intervenção do legislador. Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também, a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa. Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo” (STF, HC 93.930/RJ, 2.^a, T., j. 07.12.2010, DJe n. 22, publicado: 03.02.2011).

como burocrático, eficiente de acesso à Justiça, que viabilize o exercício dessa garantia, em prazo mais que razoável, pois está em jogo o direito de ir e vir do indivíduo.

O direito à ampla defesa, por seu turno, requer, além de uma ampla previsão estatutária (lei), a organização e instalação de Defensorias Públicas atuantes, com um quadro de pessoal capaz e idôneo para cumprir o múnus público para o qual elas foram instituídas. O mesmo pode ser dito quando se garante o direito de liberdade de reunião, sendo que, para sua satisfação, não basta uma simples abstenção do Estado – por exemplo, ao permitir que o encontro se efetive: é necessário que intervenha, garantindo a segurança de todos os presentes, para que a manifestação possa ocorrer satisfatoriamente.

A matéria das nulidades, conforme será estudado a partir do próximo capítulo, também serve de garantia e observância de muitos direitos fundamentais, entre eles os direitos fundamentais de 1.^a geração, **havendo, certamente, um dever de o legislador prevê-las, de modo satisfatório e constitucional**. A esse respeito, o ordenamento jurídico seria manifestamente inconstitucional caso não previsse, ainda que implicitamente, qualquer tipo de nulidade diante da violação de algum valor fundamental.

Da mesma forma, seria inconstitucional um sistema que, apesar de indicar os meios jurídicos idôneos para a proteção de direitos (por exemplo, ante a previsão das nulidades, mediante a inscrição da garantia do *habeas corpus*, etc.), não disponibilizasse os recursos materiais para a sua tutela: por exemplo, ante a estruturação de um Judiciário eficiente, com número de juízes adequado, em prol da prestação jurídica em um prazo razoável, o que, caso inexistente (falta de aparato burocrático), também poderá muito bem acarretar a nulidade dos atos praticados²⁶¹.

Não é necessário recorrer aos direitos de 2.^a geração para teorizar as obrigações de prestação (institucionais) do Estado, já que também os direitos de 1.^a geração as embasam, não só quanto à previsão normativa, mas também de estruturação do Estado para garantir um procedimento judicial correto e justo, além de eficiente para tutela desses mesmos direitos²⁶².

²⁶¹ Conforme relatam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao analisarem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “ficou então sublinhado que a falta de recursos materiais a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal é inadmissível, na medida em que implica disparidade dos meios de manifestação entre a acusação e a defesa, com graves reflexos em um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade (STF, HC 85.200-9-RJ, rel. Min. Eros Grau, j. 08.11.2005, DJU 03.02.2006)” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 72).

²⁶² “Assim, há uma leitura liberal e uma leitura teórica social-democrática, por exemplo, do dever estatal de tutela (Capítulo 8) ou do efeito horizontal indireto (Capítulo 7), cada uma enfatizando um enfoque metodológico dogmático específico, mas ambas fundamentando o dever do Estado de agir, quando este decorrer de dispositivos constitucionais” (DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 33-34).

1.4.2.3. Visão liberal dos direitos fundamentais: ao se proteger o indivíduo, protege-se a sociedade, e não o inverso.

“Deve-se refletir profundamente sobre estas idéias, já que se abusou, ao longo da história, dos conceitos de ‘interesse geral’ e outros similares, para construir diversas formas de ‘razão de Estado’ e desumanizar o processo. Pellegrini Grinover (ob. Cit., pp. 20 e ss.) desenvolve seu trabalho acertadamente baseado no marco constitucional na ‘instrumentalidade das formas’, sem valor em si mesmos a serviço de outras finalidades; mas também insiste em destacar o interesse geral na promoção dessas formas. Creio, ao contrário, que na base da discussão deve estar sempre primeiro o interesse concreto e pessoal, não como expressão de individualismo, mas como recurso contra a desumanidade e insensibilidade das burocracias judiciais”²⁶³.

Sem aprofundar a questão - pois os principais problemas envolvendo os direitos fundamentais, que envolvem as nulidades, serão tratados com mais vagar e minúcia ao longo dos capítulos 3, 4 e 5, entende-se importante deixar clara a ressalva que se tem em relação à concepção que considera ultrapassada uma visão mais individualista dos direitos fundamentais (e das nulidades). Não se quer com esta afirmação ir de encontro à correta afirmação de que os direitos fundamentais (mormente os de 1.^a geração) não devem ser lidos com os direitos particulares, isto é, como a antítese dos direitos públicos – já que, evidentemente, os direitos fundamentais são postos à disposição de todos.

Em verdade, nisso não reside qualquer novidade, pois fundamental só será aquele direito que o é tanto para um quanto para outro membro da comunidade, caso estejam *na mesma situação jurídica*²⁶⁴. Dessa forma, o exercício do direito acaba sendo particular, no caso concreto, mas sua justificação, em abstrato, se pauta pelo interesse geral de todo o “corpo social”²⁶⁵ (interesse público), estando o direito à disposição de todos os indivíduos.

Antonio Scarance Fernandes bem ensina, ao discorrer sobre o direito de defesa, que a visão constitucional deste direito não implica analisá-lo mais preso sob uma ótica individual, mas sim “como garantia fundamental da própria sociedade”²⁶⁶. O exposto serve para o contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc., que, como bem aponta o autor acima citado, juntamente com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho, são direitos das partes, mas também constituem predicativos de

²⁶³ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 38-39, nota de rodapé n. 59.

²⁶⁴ Aliás, não é inteiramente correto falar que todos os direitos fundamentais são universais. Como discorrem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “com poucas exceções, a *Constituição Federal garante os direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas*, excluindo implicitamente os demais, isto é, não lhes oferecendo proteção em nível constitucional. Além disso, depara-se aqui com uma situação complexa, já que cada categoria de direitos possui titulares diferentes” (DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 70).

²⁶⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 22.

²⁶⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 25.

um processo penal justo, em prol do correto exercício da jurisdição²⁶⁷. Essa visão, como expõe Ada Pellegrini Grinover, “não significa, nem deve significar, o desprezo do valor liberdade. É a liberdade um direito fundamental, como tal se entendendo o direito inerente à personalidade humana, a ausência de constrangimento para a atividade sem a qual não se conserve, nem se aperfeiçoe o homem. O abandono do individualismo do século XVIII não pode traduzir-se pela minimização do sentido das liberdades: pois a liberdade pessoal (a ‘liberdade de’, ou *freedom from*) é pressuposto da capacidade ou poder (a ‘liberdade para’, ou *freedom to*). Esta depende e ganha sentido à luz daquela. A liberdade formal não basta; mas a liberdade real não existe sem a primeira”²⁶⁸. A afirmação está corretíssima.

Em que pese todo o exposto, não se pode olvidar que, modernamente, a teoria dos direitos fundamentais (especialmente em Robert Alexy), em prol de uma justificação social e pública dos direitos (mormente os de 1.^a geração), vem nublando a tensão existente entre o direito à liberdade do indivíduo e o direito social à segurança pública, ao pregar uma harmonização entre tais antagonismos: conciliação essa, que, raramente, se verifica na prática ou é *inteiramente* possível, como bem afirma Miguel Reale²⁶⁹.

Isso finda, de certa forma, por enfraquecer os direitos fundamentais de liberdade do indivíduo (1.^a geração), já que se confere uma demasiada primazia apenas à sua função *social*, interpretação que só fortalece os direitos sempre vistos como sociais, em detrimento dos interesses (e direitos) mais individuais do cidadão (liberdade)²⁷⁰.

Defender uma visão mais individualista dos direitos fundamentais - pressuposto e norte de todo este trabalho - não implica menosprezar a importância desses direitos, muito menos negar a sua justificação social, já que, de fato, eles são postos em prol do interesse geral e coletivo de todos, bem como no interesse maior da realização da justiça.

²⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 22.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 18.

²⁶⁹ Como bem expõe Miguel Reale: “Uma terceira corrente de pensamento procura superar as duas primeiras, mostrando que entre os termos *indivíduo* e *sociedade* não existe nem harmonia espontânea que a primeira idealiza, nem a inelutável subordinação que a segunda nos oferece. Sustenta – e a nosso ver com razão – que não há possibilidade de se sustentar em uma combinação harmônica e automática dos egoísmos individuais, mas também reconhece que a satisfação daquilo que interessa à sociedade, tomada como um todo, nem sempre representa a satisfação de cada indivíduo, que possui algo de irredutível ao social. Há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a necessidade permanente de composição entre esses dois grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao todo e o que cabe ao indivíduo em uma ordenação progressivamente capaz de harmonizar as duas forças” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 277-278).

²⁷⁰ Mesmo em autores de outras disciplinas se pode verificar essa tendência em se sobrepor, de forma excessiva, o social na frente do individual. Não obstante o respeito que nutrimos pelo Autor, é preocupante a fala de Caio Mário da Silva Pereira, em matéria de direito civil, quando afirma que “a regra de ouro a ser observada é a seguinte: à pessoa humana serão reconhecidos direitos, poderes, faculdades, entre outras situações jurídicas, na medida em que contribua para o bem-estar social da coletividade sob o prisma da utilidade social” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. II. Revisão e atualização: Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 22.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14).

Assim, eles são justificados para o bem de todos, e, portanto, também constituem interesses públicos, não se restringindo ao interesse meramente particular. Ao abraçar um ponto de vista liberal, quer-se alertar para os perigos da fundamentação capciosa quanto à vertente social de todo e qualquer direito. Sempre que se deu primazia para o social em detrimento do individual - **do indivíduo “de carne e osso”**²⁷¹ - o que se viu, na prática, é que os seus direitos foram engolidos pelo interesse maior – às vezes, intangível - desse ente abstrato e intangível ora identificado pelo nome Estado, ora pela designação sociedade: as ações individuais passaram a ser analisadas e valoradas com base apenas no interesse do Estado; o que é perigoso, tendo fundado, não poucas vezes no curso da história, diversos totalitarismos, cabendo recordar do Estado Social²⁷² do Comunismo, Fascismo ou Nazismo.

Um argumento forte em prol da justificação pública e social de todos os direitos é que se acabaria com a falsa dicotomia existente entre interesse público/privado, sendo que determinados direitos fundamentais, por serem públicos, se sobreporiam sobre outros (mais individuais). Acabar-se-ia com a máxima de que o interesse público (presente em alguns direitos fundamentais) sempre prevaleceria sobre o interesse privado (suposto em outros). Afinal, ficando claro que são públicos todos os direitos fundamentais, não haveria mais como se sustentar a sobreposição de alguns direitos em relação a outros, cabendo ponderar, no caso concreto, qual direito se sobreporia ao outro.

A rigor, cabe discorrer que esta constatação, acerca da fundamentação pública e social de todos os direitos fundamentais, não é algo novo, nem nunca foi desconhecida entre nós. João Mendes de Almeida Júnior, à sua época, final do século XIX, e começo do século XX, já ensinava que “o primeiro interêsse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interêsse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Êstes dois interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formais: o interesse da sociedade, que quer a justa e pronta repressão dos delitos; e o interesse dos acusados, que é também um interêsse

²⁷¹ Segundo Luigi Ferrajoli: “... nosso princípio de lesividade permite considerar ‘bens’ somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso. O grupo de normas que chama mais atenção, por injustificado, tem sido, na Itália, produzido largamente pela codificação fascista e pela recente legislação de emergência sob a etiqueta de ‘delitos contra a personalidade do Estado’” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 382-383).

²⁷² “O Estado Liberal que construiu em filósofos da envergadura de Montesquieu, Rousseau, Locke e Kant os fundamentos da liberdade e da separação de poderes alça-se, como resultado natural de evolução histórica, ao Estado Social. É bem verdade, empresta-se à palavra *social* várias interpretações. Não obstante isso, se compadece o Estado social de regimes políticos díspares, como a democracia, o fascismo, o nacional-socialismo, a ditadura e, inclusive, o bolchevismo. A Alemanha de Hitler, a Itália de Mussolini, a Espanha franquista e Portugal salazarista foram ‘Estados Sociais’” (D’URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 07-08).

social e que exige a plenitude de defesa²⁷³. Mesmo que não houvesse essa consciência, sempre houve consenso de que a proteção deveria recair em benefício do mais débil²⁷⁴, isto é, do mais fraco²⁷⁵, identificado, no processo penal, com o indivíduo submetido ao aparato persecutório e punitivo. Por essa vertente, de certa forma, sabia-se, com maior precisão, até onde o Leviatã poderia ir, havendo maior pudor na fundamentação da ingerência estatal.

Hoje, com o primado da fundamentação pública e social de todos os direitos (sejam individuais ou coletivos), e da sua resolução sempre por meio do *dogma* (no sentido pejorativo do termo) da proporcionalidade, em vez de restarem fortalecidos os direitos individuais de primeira geração, isso tem conferido ainda uma maior primazia aos direitos sempre lidos como direitos públicos ou coletivos: o direito à segurança pública, o “direito” à criminalização de condutas (levando, comumente, à tão famigerada inflação legislativa), às investigações criminais cada vez mais invasivas e espetaculares. O que tem levado a um crescente abuso da utilização da proporcionalidade na resolução dos casos, com a qual, no limite, se conseguiria até mesmo justificar a tortura, como bem observa Juarez Tavares²⁷⁶.

Como fala Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a proporcionalidade se tornou “a chave mágica capaz de abrir as portas de todas as garantias constitucionais do acusado, relativizando-as. Hoje, chega a ser um desgastado chavão dizer que ‘não existem garantias processuais absolutas’²⁷⁷. Mais e mais, a resolução de qualquer caso tem dependido de condições fáticas e jurídicas concretas, sempre solucionadas pela proporcionalidade.

Enfim, para verificação do direito aplicável, o fato é que absolutamente tudo tem dependido das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, o que se mostra perigoso, pois, conforme bem afirma Eros Roberto Grau, ao comentar um dos votos proferidos por si, na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

“Juízes, especialmente os chamados *juízes constitucionais*, lançam mão intensamente da técnica de ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre *direitos fundamentais*. Como, contudo, inexistente no sistema jurídico qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir

²⁷³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I, p. 12.

²⁷⁴ Sugestivo, nesse sentido, é o título da obra de Luigi Ferrajoli, citada aqui: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción: Andrea Greppi y Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 1999.

²⁷⁵ “Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 270).

²⁷⁶ “Por outro lado, uma vez que se abuse do critério da ponderação, como se faz, normalmente, nos tribunais, passa a ser contraditória a defesa da dignidade da pessoa humana em face da admissão de intervenções brutais do poder punitivo no âmbito da liberdade pessoal e se corre sempre o risco de se permitir, em seu nome, até mesmo a tortura. Em todos os casos de tortura, por exemplo, sua justificação sempre se baseia no princípio da ponderação” (TAVARES, Juarez. Prefácio. In: Helena Regina Lobo da Costa. *Dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 14).

²⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 43.

das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de ‘vôo cego’, na expressão de Rüthers. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas. 11. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a *incerteza jurídica* aportada ao sistema pela *ponderação entre princípios*. É bem verdade que a *certeza jurídica* é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então, a previsibilidade e a calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece²⁷⁸.

Com a crítica, não se quer dizer que as peculiaridades do caso concreto não sejam relevantes, ao contrário. O que causa perplexidade é que, com essa fundamentação, tem-se legitimado um nível de insegurança jurídica tal que não há mais meios seguros de prever como determinado caso será tratado, pois o julgador sempre pode vislumbrar alguma peculiaridade no caso concreto que mude os rumos da decisão esperada.

O que se aplica a todos as matérias, especialmente às nulidades processuais, cuja análise e o crescente cotejo à ponderação de valores constitucionais tem tornado o seu tratamento assistemático e, praticamente, casuístico, o que é inadmissível, em se tratando de tema sensível à proteção de direitos e garantias fundamentais.

O cenário descrito é sim preocupante, chegando-se hoje ao ponto de se cogitar que a própria dignidade humana poderia ser relativizada, dependendo das circunstâncias...

Muito embora, hoje, ninguém, em sã consciência, defenda um Estado totalitário, cabe destacar que tem sido muito recorrente a menção à função social dos direitos, que, como dito, de forma indireta, ensejou diversos tipos de autoritarismos no curso da história.

Imaginar que, nos dias de hoje, não podemos retroceder ao totalitarismo, além de constituir uma arrogância, vai contra toda a experiência (a história tende a ser cíclica, a se repetir, sendo essa uma das razões pelas quais deve haver rigor na proteção de direitos).

Não se quer com isso defender que a vertente pública e social dos direitos e a sua resolução por meio da proporcionalidade devem ser banidas do direito, mas só alertar que a sua utilização (mormente na seara penal, quando muito exagerada) deve ser feita com alguma cautela. A fundamentação social dos direitos, aliada à recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy, só tem levado a uma preocupante e maior legitimação de mais direito penal, e, por conseqüência, de mais processo penal; contudo, os problemas existentes na resolução dessas questões continuam iguais, quiçá, até mais complexos, pois, como pontua Jürgen Habermas, a tendência a uma supervalorização dos princípios leva-os

²⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional: Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40-41.

a um grau enorme de abstração, reduzindo a resolução do caso à luz das circunstâncias concretas: o que, longe de fortalecer os direitos fundamentais, acarreta justamente o seu enfraquecimento (liquefação), propiciando fundamentações de cunho irracional²⁷⁹.

Criou-se uma *teoria* com o fim (louvável) de combater o arbítrio; contudo, a sua aplicação *prática*, não raro, pode levar a uma situação ainda pior.

“A aplicação da regra da proporcionalidade tem sido considerada como inerente ao sistema de coexistência dos direitos fundamentais, mas também como mecanismo de reforço ou de maior proteção de tais direitos, na medida em que faz prevalecer, no caso de colisão, o de maior peso ou importância no caso concreto. Não haveria, portanto, um desrespeito ou violação do direito fundamental de menor peso no caso concreto, na medida em que se estará, ao contrário, respeitando e dando efetividade a outro direito fundamental, de maior relevância e importância. A aplicação simples e pura de tais conceitos no campo das garantias processuais penais em muitos casos fará com que se corra o risco de não se aceitar ou compreender o próprio conceito de garantia, ou aceitá-lo em palavras, mas desrespeitá-lo em atitudes”²⁸⁰.

No processo penal, a dicotomia entre interesse individual e público sempre esteve presente e sempre estará. Hoje, de certa forma, a resolução dessa dicotomia está ainda mais complexa; antes, de certa forma, havia maiores pudores ao se admitirem ingerências em detrimento do imputado, seja porque era a parte mais fraca, seja por conta de seus direitos fundamentais, já que a intervenção estatal era sempre lida como ameaça. Contudo, sob a escusa de que essas mesmas ingerências e intervenções tutelam direitos fundamentais, fica, de fato, muito mais difícil resolver esses mesmos dilemas.

1.5. Processo penal e o modelo de legalidade estrita.

²⁷⁹ “Hoje em dia, a constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre bem particular e bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holística da constituição. Dissolveu-se a hierarquia que havia entre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais. Não existe nenhum direito que não possa ser limitado a partir de considerações de princípios. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu o ‘princípio do efeito recíproco’: dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado *de modo diferente* a partir da compreensão da ‘ordem de valores da Lei Fundamental’; Esta antecipação do sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito. (...) esse apelo à ‘indisponibilidade’ de uma ordem concreta de valores, extraídos do direito natural cristão, de uma ética material de valores, ou do *ethos* cotidiano neo-aristotélico, confirma as suspeitas de Weber, segundo as quais a desformalização do direito abre a porta para orientações materiais discutíveis, cujo núcleo é irracional” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 211-212). A respeito das críticas de Jürgen Habermas, é interessante consultar a versão, em língua portuguesa, do livro de Robert Alexy, em que são disponibilizados alguns escritos posteriores do autor tentando rebater essas entre outras críticas. Consulte-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 575 e ss.

²⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 48.

Analisados os pressupostos e principais fatores relacionados ao instituto das nulidades processuais, quais sejam, (i) a razões de existir do direito e do processo penal, (ii) a importância do formalismo para a contenção do arbítrio no direito, sobretudo na seara penal, constituindo a forma uma espécie de (iii) garantia das garantias, mormente quanto à tutela dos direitos fundamentais, tendo-se vista (iv) a importância de sua proteção, para proteger o indivíduo, é chegado o momento de tratar mais a fundo do processo penal, mais propriamente dos norteamtos que vão alicerçar os seus institutos (entre os quais, o das nulidades) e toda a presente pesquisa.

1.5.1. O modelo de Luigi Ferrajoli.

Desde logo já se adianta que o modelo de direito e processo penal seguido neste estudo²⁸¹ é o mais próximo possível do idealizado por Luigi Ferrajoli, em sua obra, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*²⁸², com o qual o Autor pretende construir um sistema de legalidade estrita, diferente de qualquer outra atividade pública estatal²⁸³. Esse modelo de legalidade estrita é, a nosso ver, o que melhor explica a união entre forma e valor, bem como o que melhor resolve grande parte dos dilemas do processo penal (necessidade de liberdade e, ao mesmo tempo, da repressão aos delitos), contribuindo para uma melhor compreensão do instituto das nulidades no processo penal.

Para entender o sistema de legalidade estrita, devem ser tratados de alguns pontos centrais à sua teorização. O sistema de legalidade estrita se baseia em alguns pressupostos,

²⁸¹ Muitos outros Autores também seguem, de forma mais ou menos linear, as ideias de Luigi Ferrajoli. Nesse sentido, é o trabalho de Alberto M. Binder, aliás, sobre invalidades no processo penal, que, na introdução ao seu livro, afirma que “o leitor rapidamente notará que todo o ensaio se nutre, de modo direto, da obra de Luigi Ferrajoli” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. xi).

²⁸² Como bem descreve Antonio Magalhães Gomes Filho: “*Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli, é uma obra monumental não só pelo seu volume (mais de 1.000 páginas!) e densidade, mas sobretudo por constituir verdadeira homenagem ao Direito Penal liberal. Embasado em invejável pesquisa bibliográfica, como se constata pelas substanciosas notas incluídas a final de cada capítulo, é, com efeito, um trabalho completo e definitivo, que não cuida exclusivamente do Direito Penal e do Processo Penal, mas deles se utiliza para compor, mais amplamente, uma verdadeira teoria do Estado de Direito” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “O ‘modelo garantista’ de Luigi Ferrajoli”. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 3, n. 58, set. 1997, p. 06). Recentemente, Luigi Ferrajoli lançou outros importantes estudos, traduzidos para o espanhol: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Traducción: Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Traducción: Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 3. La sintaxis del derecho. Traducción: Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

²⁸³ “A estrita legalidade, como melhor veremos, constitui, ao final e ao cabo, o traço distintivo da jurisdição penal: no sentido de que seus pronunciamentos, diferentemente do que ocorre em qualquer outra atividade pública, a lei pretende predeterminar não apenas as formas, mas também os conteúdos” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 37).

que alicerçam toda a obra *Direito e razão*. **O primeiro dado fundamental para entender o trabalho de Luigi Ferrajoli consiste em apreender qual a importância conferida ao valor verdade, a qual é imprescindível para toda a jurisdição penal.**

Resgatar essa importância se faz relevante hoje, já que, modernamente uma parte da doutrina tem tido uma postura extremamente desconfiada e cética quanto à busca e o alcance da verdade no processo penal, sem perceber, contudo, que, sem verdade, não há garantismo nem justiça.

1.5.2. O processo penal e a irrenunciável busca pela verdade.

Todo o sistema penal se fundamenta e legitima em prol deste importante valor e é somente através dele que é possível instituir um sistema de garantismo penal, conforme modelo desenhado por Luigi Ferrajoli, pautado na ideia de limitação do poder²⁸⁴.

Do exposto, a primeira premissa da teoria do garantismo penal é que sem verdade não pode haver justiça, podendo-se afirmar que toda a teoria do garantismo penal está lastreada e embasada na verdade²⁸⁵. Como afirma Luigi Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”²⁸⁶. Nesse sentido, “de acordo com isso, diremos que as garantias legais e processuais, além de *garantias de liberdade*, são também *garantias de verdade*; e que ‘saber’ e ‘poder’ concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas”²⁸⁷; “disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de *legitimação externa, ético-política*, ou *substancial* do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais”²⁸⁸. O processo penal serve para a averiguação da veracidade acerca da alegação de um fato que se mostre, em tese, delituoso.

²⁸⁴ Segundo discorre Luigi Ferrajoli, de modo expresso: “Por outro lado, o modelo cognitivo de processo penal, recebido apenas do sumário pela nossa constituição, confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem no valor político do órgão julgante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na *verdade*, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 435).

²⁸⁵ Especialmente, as seguintes páginas: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 38, 39, 41, 42, 43, 44, 47, 49, 51, 74, 118, 135, 141, 435, 436, 437, 439, 483, 486, 497, 498.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 38.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 39.

²⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 437.

A doutrina brasileira, em grande parte, também identifica o fundamento do processo com a busca da verdade²⁸⁹, em prol do escopo de alcance da justiça²⁹⁰ e, no que for possível, de pacificação social, objetivo que, como regra geral, é aceito pela doutrina nacional²⁹¹, sendo admitido e abraçado pelo presente estudo.

Também a doutrina estrangeira, em grande parte, está de acordo que o processo penal “se orienta, natural e inevitavelmente, de acordo com o princípio da descoberta da verdade material, desejo primordial e fim último do processo penal e em vista da obtenção da qual este se move e orienta”²⁹².

Certamente, quando se fala em verdade no processo, pressupõe-se uma verdade que não seja de ordem absoluta, isto é, definitiva, incontestável, a qual, diga-se de passagem, dificilmente é alcançável, devido a diversas razões, entre elas devido à própria debilidade do conhecimento humano, bem como ante à sua subjetividade.

Como ensina Miguel Reale, “conhecer é, de certa maneira, submeter algo à nossa subjetividade. Alguns expositores de Kant lembram imagem feliz quando dizem que nós não podemos apanhar um bloco de neve sem imprimir a forma de nossos dedos. O que é conhecido conserva sempre os sinais das garras apreensores de nossa subjetividade”²⁹³.

²⁸⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*, p. 01.

²⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 26-27; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Processo Penal*, p. 266; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 15-16.

²⁹¹ Recentemente, reafirma esse objetivo, ao longo de toda a sua obra: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 18, 30, 39, 40, 43, 59, 77, 165, 206, 260, 295.

²⁹² VEIGA, Catarina. *Considerações sobre a relevância dos antecedentes do arguido no processo penal*, p. 24.

²⁹³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 102. É interessante a concepção de Miguel Reale quanto ao processo de conhecimento, pois se o autor, corretamente, não concorda que haja um conhecimento absoluto, definitivo, inabalável, também não vai para o extremo oposto – tão ou mais equivocados - no sentido de que não há conhecimento estável, inexistindo qualquer tipo de verdade. Seguem suas palavras: “a certeza das ciências é sempre provisória, sujeita a sucessivas verificações, a tal ponto que já se disse ser próprio das asserções científicas a sua refutabilidade, realçando-se o seu viés conjectural” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 13); “É óbvio que, se existem as ciências, é porque é possível conhecer. Se existem a Matemática, a Física, a Biologia etc., é porque o homem tem uma conformação tal que lhe é dado conhecer a realidade com certa dose de segurança e objetividade, demonstrando o poder – inerente ao espírito – de libertar-se do particular e contingente, graças à síntese que realiza” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 26); “Ora, alguns pensadores contemporâneos sustentam que na realidade há também um a priori material: que há um a priori ôntico, e não apenas um a priori gnoseológico, ou mais claramente, que, se a realidade fosse em si indeterminada não haveria possibilidade de ser captada pelo espírito, o qual não pode ser concebido como produtor de objetos, *ex nihilo*, a partir do nada” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 109); : “Ora, se todos os homens são diversos, mas chegam à mesma afirmação a respeito de ‘algo’ percebido, é porque existem em ‘algo’ elementos estáveis, não subordinados às variações subjetivas. Se o sujeito fosse fator ‘determinante’ daquilo que se conhece, haveria uma percepção distinta para cada sujeito e não seria possível haver ciência, nem comunicação de ciência. Se existe intersubjetividade dos objetos da percepção e uma ciência comum entre os homens, ciência esta que uma geração transmite às outras, é porque existe um elemento real que as percepções ‘reproduzem’, parcial ou totalmente, sendo dotado de qualidades que não se subordinam ao esquema deste ou daquele indivíduo, ou à subjetividade em geral” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 118); “o conhecimento depende, pois, de duas condições complementares: um *sujeito* que se projeta no sentido de algo, visando a captá-lo e torná-lo seu; *algo* que já deve possuir necessariamente certa

“De ello no se ha de extraer obligatoriamente la conclusión de que el *mundo* existe sólo en las *cabezas* de las personas como mera *representación* –pero también debe aceptarse que el mundo existente con independencia de nuestras representaciones puede representarse de manera más o menos determinante”²⁹⁴

É dizer, no processo penal, busca-se uma verdade que, na medida do possível, só pode ser aquela *atingível*²⁹⁵. A verdade judicial, na esteira dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, tal qual toda e qualquer verdade histórica, decorre sempre de uma representação, de uma reconstrução mais ou menos fiel aos fatos ocorridos no passado, sendo estes fatos apuráveis mediante os meios probatórios do presente; sendo assim, a conclusão a respeito de um acontecimento passado, como qualquer outra decorrência de uma inferência, tem sempre o valor de uma hipótese, de uma probabilidade, ainda que muitíssimo segura²⁹⁶, sendo possível falar em alcance da verdade apenas em termos relativos.

O que deve ficar claro é que reconhecer a relatividade de toda e qualquer verdade, ou melhor, reconhecer a dificuldade ou mesmo impossibilidade em se alcançar uma verdade *de cunho absoluto*, mormente no processo penal²⁹⁷, **não significa que o processo prescindia (ou possa prescindir) de sua busca.**

determinação, certa estrutura ‘objetiva’ virtual, sem a qual seria logicamente impossível a captação. O ser não é, nesse sentido, o absolutamente indeterminado, *mas antes o infinitamente determinável*. O sujeito não recebe de algo, passivamente, uma impressão que nele se revele como ‘objeto’, nem algo se transfere ao plano do sujeito, reduzindo-se às suas estruturas subjetivas. Sob o estímulo de algo, e na medida e em função de condições subjetivas e histórico-sociais – pois o realismo ontognoseológico não olvida a inevitável condicionalidade social e histórica de todo conhecimento –, o sujeito, de certa maneira, ‘põe’ o *objeto*, que pode não corresponder integralmente a algo, mas a algo com certeza sempre corresponde. Restringimos o conceito hartmanniano de *transobjetivo* àquilo que ainda se não conhece, mas que pode ser objeto de conhecimento, *objiciendum*” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 126-127).

²⁹⁴ GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, p. 110.

²⁹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 41-42.

²⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 44.

²⁹⁷ Luigi Ferrajoli destaca uma série de fatores que dificultam o alcance de uma verdade entendida como correspondência absoluta entre uma hipótese judicial com a verdade “objetiva” dos fatos naturalísticos. Entre essas dificuldades, o Autor lista, além da questão envolvendo a própria inferência fática, os dilemas que circundam a inferência jurídica, apontando a própria subjetividade do conhecimento judicial, no qual sempre há certa dose de preconceito; bem como os problemas que dificultam a investigação judicial em relação a outros tipos de investigação. O primeiro deles é que, diferentemente da investigação histórica, a Justiça tem que lidar com fatores como o impacto emocional que causa a imputação da prática de um crime. Um segundo fator de diferença é que a investigação judicial não dispõe de tantos meios de (auto)correção como a atividade historiográfica e atividade científica, já que suscetíveis à constante crítica da comunidade acadêmica, enquanto o juiz só tem as partes e alguns auxiliares para auxiliá-lo, sendo que a apuração judicial geralmente cessa com o trânsito em julgado da decisão. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 43-48). O autor elenca que além do problema da subjetividade do juiz, há também subjetividade de muitas fontes de provas, como os interrogatórios, os testemunhos, os reconhecimentos, as perícias e a própria formação da *opinio delicti* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 48). Poderiam ser mencionadas as provas ilícitas, e mesmo os regramentos probatórios, que dificultariam ou até dificultariam o alcance da verdade, afirmando Alberto M. Binder que “aqui se encontra uma das grandes tensões do processo penal, que se manifesta na jurisprudência sobre ilicitude da prova, ou seja, daqueles casos em que a atividade processual deve ser anulada por violação das formas legais e isso significa algo muito concreto: perder informação que pode ser de vital importância para a construção desse relato final” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das*

O caráter relativo de toda e qualquer verdade, dentro ou fora do processo, não permite concluir que não se consiga chegar a um ponto razoável de esclarecimento acerca dos acontecimentos naturalísticos pretéritos, que explique com certa dose de segurança e estabilidade como determinado fato ocorreu, isto é, qual foi a sua dinâmica, ou qual foi a motivação do agente, pois, no limite, caso não fosse possível apurar a verdade, estar-se-ia negando a própria razão de existir da justiça, bem como do processo (sobretudo o penal!).

Não houvesse qualquer escopo de se atingir a verdade no processo, por conta de um ceticismo assim tão extremado e radical em se conseguir alcançá-la, não haveria qualquer razão para o processo existir. Não houvesse pretensão de verdade no processo, ele seria tudo menos processo; quiçá se transformaria em uma peça de teatro ou, ainda, em um circo, com muitos palhaços, dentro e fora dele. Afinal, fariam papéis de palhaços tanto as autoridades que se prestam ao papel de forjar um simulacro de processo quanto as pessoas que creem que uma investigação séria está sendo executada quanto à elucidação do fato.

Uma postura cética tão radical quanto à busca da verdade no processo implicaria negar, no limite, não só o processo, mas também o próprio direito; ademais, a nosso ver, o ceticismo radical nega mesmo qualquer forma de ciência ou possibilidade de cognição humana, na medida em que entende ser inalcançável qualquer verdade.

Como ensina Miguel Reale, “o ceticismo radical já alberga em si mesmo a sua contradição, porque, se o cético apresenta sua doutrina, é porque afirma ou nega alguma coisa. O cético, no momento em que põe em dúvida a possibilidade de conhecer, já está afirmando algo de que não pode abrir mão, para poder subsistir como cético: - a necessidade de duvidar...”²⁹⁸. No processo penal, expõe Luigi Ferrajoli que o ceticismo judicial radical, por afastar qualquer pretensão de perseguir a verdade, acaba, no fundo, apenas avalizando e contribuindo para construir “modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas”²⁹⁹.

Assim, tanto será injusto o processo que - a pretexto de chegar a uma verdade absoluta - legitime uma série de violações a direitos e garantias fundamentais como aquele que não se comprometa com o objetivo de alcançar ou obter qualquer verdade³⁰⁰.

formas processuais, p. 66). Em que pese o exposto, melhor analisada a questão, o fato é que a inadmissibilidade das provas ilícitas não dificulta o alcance da verdade, mas, ao contrário, o auxilia, pois as “provas” ilícitas, por si só, não são confiáveis, sendo que a sua admissão mais atrapalharia que ajudaria o alcance da verdade. Acena para essa falta de confiança das provas ilícitas, ao mencionar que esses elementos seriam “subjetivamente inconfiáveis”: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 123.

²⁹⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 163.

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 51.

³⁰⁰ Luigi Ferrajoli bem observa o perigo em se tentar obter uma verdade absoluta, mas isso não o faz desconsiderar o perigo tão ou mais efetivo em se desprezar a procura da verdade no processo. São suas as seguintes palavras: “Na realidade, sabemos que um direito penal totalmente ‘com verdade’, se se entender ‘verdade’ em sentido objetivo, representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível alcançar” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 74).

A respeito do assunto, o jurista alemão Karl Heinz Gössel pergunta-se, em um primeiro momento, o que ocorreria se não existisse pretensão de verdade no processo, chegando a indagar o que ocorreria se não fosse possível comparar a representação judicial que da verdade se faz com a realidade, isto é, a verdade considerada em si mesma; o Autor responde que se não fosse possível obter qualquer verdade, somente poderia haver o mais completo arbítrio³⁰¹, o que estaria na cabeça do julgador.

“Puedo compendiar las precedentes reflexiones: a) En el proceso penal se elabora *en todo caso* una determinada *imagen* judicial de la verdad. b) Junto a esta imagen judicial, es de reconocer la existencia de un acontecimiento real, de que puede desviarse la imagen del juez, afortunadamente susceptible de verificación por medio de recurso. c) La verdad sobre el hecho es *aprehendida*, pero no *construida*, si bien tal aprehensión tiene procesalmente lugar a través de una *imagen* de la verdad, que en su libre convicción se forma y, en este sentido, ‘instaura’ o ‘crea’ el juez”³⁰².

O processo (e o próprio direito), não pode almejar o alcance da verdade absoluta, de uma total correspondência com a realidade³⁰³, já que a justiça substancial, ou perfeita, “não é deste mundo”³⁰⁴; contudo, não se pode simplesmente abandonar a pretensão de perseguir ou alcançar um mínimo de verdade, como muito bem pondera Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró³⁰⁵. Caso não houvesse qualquer pretensão de verdade no processo, não haveria necessidade da previsão de direitos e garantias nele, tais como o direito à prova, o

³⁰¹ “Pues: ¿qué ocurriría si no existiera la verdad, u por ello no fuera posible comparar con ella las imágenes de la verdad? El puro arbitrio sería, según mi convicción, la consecuencia. (...) Y, aun, hoy por hoy, tengo por exacto lo que, por mi parte, escribí en 1993, en el Libro Homenaje para mi colega polaco Mariam Cieslak: ‘El poder aunque se desarrolle necesita de la nobleza de su sumisión al fin de la justicia’, y sólo puedo considerar correcta una resolución judicial cuando la misma constata los hechos sometidos a su conocimiento conforme al *criterio de la verdad*” (GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, p. 115-116).

³⁰² GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, p. 117. Do mesmo entendimento é a opinião de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, para o qual: “a realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados, no caso, da imputação feita no processo penal. **A verdade**, portanto, **é apreendida e não construída**. Quem apenas reconhece a existência de uma **exatidão processual** nega a existência de uma verdade independentemente do sujeito, perde a consciência sobre a verdade e a falsidade e, com isso, também, a diferença que existe em ambas” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 267).

³⁰³ “Tal indicação representa, não obstante, uma contribuição decisiva para a recolocação de nosso problema. Uma vez estabelecido que o termo ‘verdadeiro’ pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de ‘correspondência’, é na realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos ‘verdadeiro’ e ‘falso’ para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 41).

³⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 135. Em outra passagem, também afirma o Autor: “Em resumo, a justiça perfeita não é deste mundo, e qualquer pretensão de tê-la realizado por parte de um sistema penal não é só ilusória, como também um sinal da mais perigosa das imperfeições: a vocação totalitária” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 370).

³⁰⁵ “... mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 24).

direito ao contraditório, à motivação das decisões, ao recurso etc. Também não haveria sentido em se teorizar a necessidade quanto ao duplo grau de jurisdição.

Mostra-se, portanto, equivocado pensar que o conceito verdade seja deletério ao processo, e que a sua busca, necessariamente, estaria associada à violação de direitos e garantias, como ocorreu com o processo inquisitorial, seja o romano ou canônico

No ponto, acerta Alberto M. Binder quando afirma que a verdade, da mesma forma que impulsiona o motor da persecução penal, também fundamenta grande parte dos direitos e garantias fundamentais existentes no processo³⁰⁶.

Segue o Autor argentino, nessa toada, os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, o qual: além de não negar o conceito e o valor da verdade no processo, não só põe o tema em discussão³⁰⁷, como, também, tem o mérito de enfatizar e de reafirmar – ao longo das quase 1.000 (mil) páginas de sua imponente obra – a importância e imprescindibilidade da busca da verdade para toda a teoria do garantismo penal³⁰⁸.

Do exposto, é não só equivocado, mas perigoso pretender apartar, completamente, o valor verdade do direito, sobretudo do direito processual. A busca da verdade não implica as atrocidades cometidas no regime inquisitorial romano e canônico, mas, muito ao contrário, trata-se de um valor que auxilia na obtenção da justiça, pois só se pode qualificar como justa uma decisão que corresponda, minimamente, à verdade dos fatos apurados.

A diferença entre os sistemas inquisitórios em relação aos sistemas acusatórios não reside na busca da verdade em si, já que ambos os modos de investigação se orientam

³⁰⁶ “... a verdade cumpre uma função dual dentro do processo, por um lado é uma meta da indagação e, portanto, um motor da perseguição penal e, por outro, a verdade já não será um fim absoluto e sua busca estará rodeada de limites. O descobrimento de que a verdade permitia construir grande contribuição do pensamento iluminista, que dá origem a uma nova época para o direito penal e o processo penal. As garantias penais, que estabelecem requisitos mais rigorosos acerca do que é preciso averiguar e as garantias processuais que estabelecem mecanismos de comprovação rigorosa foram construídas em torno do conceito de verdade, mas agora a partir de uma visão política distinta” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 54-55).

³⁰⁷ Aliás, Alberto M. Binder discorre que foi Luigi Ferrajoli quem “teve o grande mérito de voltar a colocar este tema” (verdade) “no centro da discussão sobre o processo penal” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 52).

³⁰⁸ Alguns sugerem que Luigi Ferrajoli não teria enfrentado, de fato, o problema da verdade, ainda que o referido Autor o tenha tratado ao longo das mais de 500 (quinhentas) páginas de sua obra. Nesse sentido, segue a crítica de Alexandre Morais da Rosa, o qual discorre: “o ‘otimismo semântico’ de Ferrajoli, na linha iluminista, acredita ingenuamente, como já se indicou, que mediante técnica legislativa apurada se possa colmatar o problema da polissemia da linguagem, desprezando, por assim dizer, toda a construção hermenêutica contemporânea, aprisionado que está na concepção da ‘Filosofia da Consciência’, na melhor tradição vienense” (ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 176). Entende-se, juntamente com Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “embora não se ignore a importância das consequências do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. Considerar que a linguagem pode operar uma desconexão entre a realidade e o conhecimento dos objetos implicaria a imprestabilidade do próprio conceito verdade” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 267).

pelo seu propósito. A verdade, no fundo, é, sempre foi e será um questionamento essencial a todo e qualquer tipo de sistema persecutório penal. Nesse sentido, tanto o sistema inquisitório quanto o acusatório mostram-se *inquisitivos*, pois indagam e perquirem a veracidade da alegação feita a respeito de um fato, em tese, delituoso.

A inquisitividade é, assim, ínsita a todo e qualquer processo, bem como a toda e qualquer espécie de procedimento, mormente o de cunho persecutório penal³⁰⁹.

Está presente tanto nos procedimentos investigatórios de vertente marcadamente inquisitorial³¹⁰ quanto nos procedimentos persecutórios alinhados ao sistema acusatório.

³⁰⁹ Com base no exposto pelo Desembargador Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, nos autos da Apelação Criminal n. 130.183.5/6-00 (TJ/SP), bem como nos ensinamentos de Rogério Lauria Tucci, inquisitivos mostram-se todos os procedimentos investigativos, sejam acusatórios ou inquisitórios, mormente os de natureza penal, já que: “o poder inquisitivo conferido ao órgão jurisdicional para a devida formação do seu convencimento, não deve ser confundida com o processo penal inquisitório, originário do Direito Penal romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, de triste memória” (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 42). A inquisitividade é, assim, ínsita a toda e qualquer forma de persecução penal, seja inquérito ou processo. Nesse sentido: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração razoável*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33, nota de rodapé n. 30; SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004, p. 154. Com uma visão discordante, segue o entendimento de Ricardo Jacobsen Gloeckner, o qual critica a distinção feita por Rogério Lauria Tucci entre os termos inquisitório e inquisitividade, aduzindo o seguinte: “Lauria Tucci, inclusive, equivocadamente, estabelece uma pseudo diferenciação entre modelo inquisitivo e inquisitividade da atuação dos agentes estatais. Em suas palavras ‘mostra-se uniforme o entendimento universal acerca da distinção entre processo penal inquisitório, originado do Direito Penal Romano e aperfeiçoado segundo o modelo canônico, e a inquisitividade ínsita ao processo penal moderno’. O processualista pretende, como se fosse possível, distinguir a característica do sistema processual (inquisitório) e o substantivo marcado pelas características do próprio conceito. Sistema processual inquisitório representa aquele sistema em que o juiz detém poderes instrutórios. Inquisitividade – poderes instrutórios do juiz – somente pode ser pensado a partir do sistema inquisitório. **Impossível um significante querer dizer uma mesma coisa e seu contrário** (princípio da não contradição)” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 166) (grifamos e destacamos). No ponto, cabe mencionar que Ricardo Jacobsen Gloeckner é um pouco contraditório. Com efeito, o Autor, em outra oportunidade, para rebater as ponderações de Luigi Ferrajoli - de que, sem verdade, haveria arbitrariedade – discorre sobre uma “crença na objetividade, universalidade e unidirecionalidade do sentido do significante” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 187), e apela (a nosso ver, de forma não satisfatória) para a disparidade de significados dos signos (palavras), a fim de comprovar que não existiria verdade, ou que, mesmo que existisse, seria algo muitíssimo questionável. E prossegue: “**Mais do que isso, a inscrição na ordem do simbólico não imuniza e muito menos autoriza tratar significante e significado como categorias de um mesmo eixo**” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 189)(grifamos e destacamos). Ora, se, como defende o Autor, um mesmo termo (significante) pode conter dois ou mais significados, a ponto de Ricardo questionar a possibilidade de se atingir uma verdade mais estável, as críticas endereçadas a Rogério Lauria Tucci são absolutamente insubsistentes; em outras palavras, se os termos podem conter mais de um significado, inquisitório e inquisitivo podem designar coisas diversas.

³¹⁰ Nesse trabalho, como exposto acima, inquisitório será utilizado para qualificar o sistema autoritário, identificado mais propriamente com o processo penal romano e o processo canônico inquisitorial, sendo que o termo inquisitivo será utilizado no sentido de indagar, perquirir, o que é ínsito a qualquer investigação. Nesse sentido, Marcos Alexandre Coelho Zilli prefere, quando se falar sobre o sistema, utilizar o termo inquisitório, pois a termo inquisitivo é sinônimo de indagativo, interrogativo, investigativo, sendo predicativo tanto do sistema inquisitório quanto do acusatório (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 36, nota de rodapé n. 36). Justamente por conta disso, haja vista o fato de o adjetivo inquisitório poder ser lido como sistema autoritário, Ada Pellegrini Grinover prefere falar em princípio “investigativo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 67), não negando a Autora, portanto, a existência desse importante princípio, que fundamenta todo o processo penal.

O que os diferencia é a postura que cada qual tem diante da verdade.

Servindo-nos dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, esse Autor, novamente, bem ensina que “em todos esses casos o processo tem por fim a ‘descoberta da verdade, síntese e compêndio dos dois supremos interesses processuais’ supra-indicados. Mas são diversas as maneiras de entender a verdade e os métodos empregados para atingi-la. Precisamente, enquanto o método inquisitório se baseia em uma epistemologia substancial e decisionista, o método acusatório pode ser configurado como a transposição jurídica da epistemologia da falsificação delineada”³¹¹. É possível afirmar, diante disso, que o método inquisitório tem uma confiança extremada (“tendencialmente ilimitada”) em uma pretensa “bondade” do poder³¹², corporificada na figura do inquisidor, a ponto de subverter o meio, já que - por mais atroz, ardil e enganoso que seja - acaba sempre sendo justificado pelo fim (repressão ao crime e descoberta da verdade). Como ensina Ada Pellegrini Grinover, nesse sistema “o inquisidor é o juiz ao qual a lei atribui crédito ilimitado, o que explica porque ao investigado não se permitia o papel de interlocutor”³¹³. Diferentemente do exposto, o sistema acusatório se pauta por uma grande desconfiança ou, no mínimo, algumas reservas quanto a essa suposta bondade ou mesmo virtude do inquisidor, sendo todo pautado em um método que procura propiciar o diálogo entre seus participantes, bem como testar todas as alegações dos participantes. Assim, conforme conclui Luigi Ferrajoli, “a idéia de que o fim da verdade justifica qualquer meio se reverte, no modelo garantista, na idéia de que é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim”³¹⁴.

É justamente neste ponto que reside o papel desempenhado pelas garantias e pelas formas procedimentais, já que sua observância é o único caminho para melhor se chegar a uma decisão correta, justa e legítima. Do ponto de vista *substancial*, muito embora seja mesmo difícil chegar a uma compreensão total dos fatos, é mais provável que se chegue a um bom termo de verificação se todas as balizas legais forem observadas, isto é, se todos os direitos forem garantidos, por meio do cumprimento das regras legalmente instituídas, bem como pela participação efetiva e contraditória das partes. Somente assim os abusos são evitados, por meio do contraditório e do método dialético³¹⁵, os quais minimizam a possibilidade de uma eventual conclusão precipitada e equivocada.

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 483.

³¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 483.

³¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 68.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 486.

³¹⁵ Segundo Diogo Rudge Malan: “... o modelo em estudo parte da premissa de que a verdade processual está *contida* nas versões antagônicas dos fatos apresentadas pelas partes processuais, cabendo ao julgador individualizá-la com base no resultado do confronto adversarial. A idéia da verdade na doutrina anglo-americana não se baseia de modo exclusivo na correspondência entre a reconstrução judicial dos fatos e a realidade histórica, focando mais no *método processual empregado* para desvendar a verdade. Nesse contexto, se encontra implícito na doutrina em apreço que a verdade se obtém com o uso correto da

“Além do valor político de permitir que os sujeitos do ato de poder possam participar da elaboração de tal ato, o contraditório possui um **valor heurístico**. O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros”³¹⁶.

Nesse sentido, as formas e garantias, se bem postas e aplicadas, não deixam de funcionar como um filtro, o qual impede ou ao menos minimiza as possibilidades de erro, sendo que o respeito às formalidades é o único meio de legitimar a decisão proferida³¹⁷.

“Assim chegamos ao último e mais difícil de nossos problemas: *o grau de probabilidade* que permite considerar adequada ou convincentemente provada uma hipótese acusatória. Esclarecido que nenhuma prova é suficiente para subministrar uma justiça absoluta da indução judicial, quais são as provas e as contraprovas necessárias que permitem sua justificação, ainda que só relativa? Mais exatamente, quais são as condições, na presença das quais uma ou várias provas são *adequadas* ou *convincentes* e na ausência das quais não o são? Responder a estas perguntas significa identificar *as garantias processuais*, cuja satisfação justifica a livre convicção do juiz, isto é, sua decisão sobre a verdade fática no processo”³¹⁸.

Por isso que no modelo garantista de Luigi Ferrajoli a violação de uma garantia se comunica a todas as demais, dado que estão intrinsecamente ligadas³¹⁹, sendo que a lesão a uma garantia pode comprometer a legitimidade de toda a persecução.

metodologia processual mais adequada para tal desiderato” (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43)

³¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 19.

³¹⁷ Embora sem colocar a verdade como o principal meio de legitimação do processo, reconhece Fernanda Regina Vilares: “sem exacerbar sua importância, devemos dizer que a verdade buscada por meio da instrução criminal é um meio de legitimação da atividade jurisdicional” (VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onix, 2012, p. 124). Contudo, mais à frente, a Autora afirma que “o princípio da verdade material, na realidade, não existe. É apenas uma regra costumeira do Processo Penal, segundo a qual deve haver uma tendência à reconstrução dos fatos como efetivamente ocorreram, mas se deve sempre ter em mente que a verdade só pode ser apurada por meios lícitos, o que limita essa reconstrução” (VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal*, p. 128). E arremata: “a doutrina é praticamente uníssona ao afirmar que a busca da verdade não pode ser o fim do Processo Penal” (VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal*, p. 123). Concorde-se em parte com as afirmações. Em primeiro lugar, seja lá como se queira denominar verdade (*material, real, processual* ou simplesmente *verdade*: pouco importa o termo que se use), se o princípio da verdade, como bem coloca a Autora, é uma regra costumeira do processo penal, parece contraditória a conclusão de que esse mesmo princípio não existiria no processo penal. Outrossim, a doutrina, de fato, coloca que a verdade não seria um *fim último* do processo, mas, ainda assim, não deixa de elencá-la como um fim, ainda que intermediário. Particularmente, entendemos que o alcance da verdade é imprescindível para uma correta aplicação da lei. Não é possível haver justiça sem verdade. Por isso, entende-se que a busca da verdade (entendida como a mais aproximada possível da realidade) constitui o fim último do processo, sendo o seu pressuposto o respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

³¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 118.

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 82.

1.5.3. As nulidades e as garantias para uma melhor apreensão da verdade.

O exposto acima tem relação umbilical com a teoria das nulidades, que, em certo sentido, garantem o respeito às formas previstas pelo legislador como condição para se chegar a uma verdade processualmente válida, em prol da proteção dos direitos e garantias fundamentais, os quais não atrapalham, mas certamente contribuem para uma melhor investigação. Um processo de garantias fortes, ao ver de Luigi Ferrajoli, é aquele que “comporta diretamente a nulidade dos desvios”³²⁰, já que processos assim “evitam pela raiz os desvios”³²¹, o que pressupõe “a *legalidade* dos procedimentos que exige que todas as atividades judiciárias se desenvolvam, sob pena de nulidade, segundo um *rito* legalmente preestabelecido”³²². Nesse sentido, afirma-se que a legalidade, ou ritualização, constitui uma garantia das garantias³²³ (garante outros direitos), o que também vale para a nulidade.

Grande parte das questões envolvendo a nulidade dos atos processuais penais diz respeito a alguma questão envolvendo a busca da verdade no processo, ou melhor, a um ato de verificação e de refutação³²⁴. Comprova isso, de certa forma, o fato de o vício de motivação das decisões penais ser o único caso em que a Constituição da República expressamente prevê a “sanção de nulidade”³²⁵. A lei processual penal (Código de Processo Penal), conforme será visto mais adiante, no capítulo 4, também atrela o pronunciamento da nulidade ao alcance da verdade, dentro do processo penal³²⁶.

O pronunciamento da nulidade, ao proteger direitos e garantias caros a todos, também constituiria uma garantia para a obtenção da verdade.

Contra o exposto, contra a importância conferida ao valor verdade, neste trabalho, seria possível conjecturar que os problemas que envolvem toda a matéria, seriam em si decorrentes da concepção de verdade, que, uma vez considerada alcançada, impediria o pronunciamento da nulidade, indo contra a proteção de direitos no processo.

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 475.

³²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 475.

³²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 486.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 492.

³²⁴ “... a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual no sentido já ilustrado de ‘correspondência aproximativa’. (...) Em todo caso, a convalidação e a invalidação de um ato jurisdicional, quando não ditadas por motivos puramente processuais, correspondem, diversamente dos juízos de validade ou de invalidade sobre qualquer outro tipo de preceito, a um *ato de verificação* e a um *ato de refutação*” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 436).

³²⁵ Artigo 93, inciso IX, da Constituição da República do Brasil.

³²⁶ Artigo 566, do Código de Processo Penal.

Por essa razão, tem-se, de certa forma, demonizado o culto ao valor verdade no processo moderno, sendo que quem defende a busca da verdade no processo logo é visto, por uma parte da doutrina, como alguém mais “atrasado”³²⁷.

De fato, conforme será estudado nos próximos capítulos, sobretudo a partir do capítulo 3, o prejuízo é, basicamente, focado na vulneração de princípios e valores que dizem respeito à obtenção verdade. Quando se fala que a finalidade do ato foi alcançada, a despeito do vício de forma, está-se afirmando, na maioria das vezes, que a “verdade” obtida corresponderia à realidade dos fatos naturalísticos, o que é bem questionável.

Contudo, esse problema não decorre da verdade em si, mas da interpretação que se faz a respeito dela e a respeito de quando ela pode ser considerada alcançada.

No ponto, reafirma-se ser equivocado “responsabilizar” a verdade por todos os males dos quais padeceria o processo, pois a verdade constitui o motor, o fundamento para a instituição e observância das formas processuais, que são postas, justamente, em prol da tutela dos direitos e garantias fundamentais, os quais, em sua grande maioria, têm em mira uma melhor compreensão da verdade dos fatos. **A verdade constitui uma faceta do saber que, em regra, não anda junto com as diversas manifestações abusivas de poder.**

A verdade cumpre, portanto, um importante papel em prol da limitação do poder.

O que se deu nos procedimentos inquisitoriais, por exemplo, com a prática de tortura, não teve qualquer relação com a verdade, conforme anota Maria Thereza Rocha de Assis Moura³²⁸, mas sim com o uso ilegítimo do poder. O que aconteceu foi isto: - para legitimar o poder e o controle social – se fez uso do *argumento* pautado na busca da verdade, sendo que, de fato, naqueles procedimentos não havia qualquer preocupação com verdade, muito ao contrário. Exorcizar ou mesmo enfraquecer o valor verdade no processo constitui um grave e, quiçá, irremediável engano, sendo que, sem verdade, não é possível sequer pensar em processo; caso a verdade fosse extirpada, ou substituída, somente haveria espaço para arbítrio, para o que está dentro da cabeça do julgador, sendo que, sem que houvesse comprometimento com a verdade (ocorrida fora dos autos) o magistrado, a rigor, sequer precisaria dar qualquer explicação para proferir sua decisão.

Por isso, retirar a verdade do processo e pretender explicá-lo sem ela equivale a explicar a quadratura do círculo. É, simplesmente, impossível.

O processo simplesmente não existe sem pretensão de verdade.

³²⁷ Muitas vezes “é preferível ser considerado atrasado, não por desconhecer o moderno, mas por conhecer e não gostar do que se anuncia” (PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 202).

³²⁸ “... embora pudesse parecer que a finalidade da confissão era a busca da verdade material, na realidade desprezava ela a real apreciação jurídica da prova, tornando possível a condenação apenas em face do extremado apego às formas” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*, p. 15).

Por isso, sustenta-se e reitera-se, neste trabalho, que a verdade continua a ser o fim e o fundamento de todo o processo penal³²⁹: frise-se, a sua busca **pressupõe** o respeito aos direitos e garantias fundamentais³³⁰, a **instrumentalidade constitucional**, a qual não é uma característica só restrita ao processo penal, mas de **todo o ordenamento jurídico** (do direito civil, do processual civil, do penal, do administrativo, do comercial, trabalho, etc.).

A busca da verdade, como dito, fundamenta todo o garantismo.

É equivocado afirmar que, pelo fato de o procedimento penal ser pautado em meios lícitos, haveria, por isso, alguma limitação da busca da verdade. Ao contrário. Ao se apurar a verdade em meio a um processo regrado, um processo de partes, com contraditório, com ampla oportunidade de defesa, no qual são respeitados todos os direitos e garantias, isso só contribui para se chegar a uma verdade mais acertada, em que a mentira é mais adequadamente testada, com grandes chances de ser desmascatada. Por seu turno, a inadmissibilidade das provas ilícitas não dificulta o alcance da verdade, mas, ao contrário, a auxilia, pois as “provas” ilícitas, por si só, não são confiáveis (isto é, são “subjetivamente inconfiáveis”³³¹), sendo que a sua admissão mais atrapalharia que ajudaria o alcance da verdade. De nada vale o argumento de que a inadmissibilidade das provas ilícitas colocaria em xeque o valor verdade no processo. De todo o exposto, se a verdade for intepretada como uma finalidade que, para ser atingida, fundamenta e pressupõe o exercício de grande parte dos direitos existentes no processo, não há qualquer problema em se colocá-la como o fim último do processo (sobretudo do processo penal no Estado de Direito Democrático).

Concorda-se, inteiramente, com as ponderações de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, quando a Autora pontua: “a procura da *verdade material*, esta, sem dúvida, o dado mais relevante do fundamento do processo penal”³³².

Ainda que não se queira usar o termo verdade material³³³, ou trocá-lo por qualquer outro, o importante é ter em vista que se deve procurar uma verdade (e aqui pouco importa

³²⁹ Poder-se-ia questionar que nem em todo processo penal haveria o intento quanto à busca da verdade, afirmando-se que, na justiça negociada (transação penal), a verdade seria mesmo prescindível. Rechaçam-se essas ponderações, pois, como expõe a doutrina: “por óbvio, no processo penal consensual, e para a própria realização da transação penal, a verdade dos fatos não é algo que possa ser totalmente desprezado. Um dos requisitos que tornam possível a transação penal é, justamente, a quantidade de pena máxima cominada ao fato. Assim, é fundamental a qualificação provisória dada ao fato. Neste caso, certamente, haverá necessidade de que seja realizado, por parte do Ministério Público, um juízo, ainda que provisório, sobre a realidade dos fatos” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 59).

³³⁰ A observância aos direitos e garantias fundamentais não são fins *à parte* (ao lado, paralelo) à busca da verdade, como parte da doutrina pontua: na realidade, estão “embutidos” nessa busca, sendo seu pressuposto, razão pela qual, quando falamos que a busca da verdade é o fim último do processo, pressupomos obviamente (e não poderia ser diferente, dada a ordem constitucional, a instrumentalidade constitucional) o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

³³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 123

³³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*, p. 01

³³³ Para falar da verdade no processo penal, a doutrina mais tradicional costumava utilizar o termo verdade material. Nesse sentido: MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*.

o nome que lhe deem) que corresponda o mais próximo possível dos fatos ocorridos fora do processo, na vida real, das pessoas de carne e osso envolvidas na controvérsia penal.

Portanto, analisando a fundo o assunto, conclui-se que os dilemas envolvendo a matéria e o processo não residem na verdade em si, mas na *postura* que se tem frente à sua conformação e obtenção, geralmente atreladas às diversas formas de controle e de poder.

De fato, em um sistema que prescindia dos meios processualmente dispostos e previstos pelo legislador para se alcançar uma verdade processualmente válida, só pode vigorar e imperar a irracionalidade, o abuso, o arbítrio, já que sempre se pode chegar a uma conclusão sem que a hipótese suscitada seja adequadamente testada e explicada.

Por isso a importância do formalismo, de um sistema processualmente regrado, em todo o seu *iter*, a fim de evitar abusos e propiciar a tomada de uma decisão controlável, já que submetida a balizas, a regras, que contribuem para a busca da verdade.

Cumpra, de certa forma, neste estudo, analisar se o nosso sistema processual se orienta assim, de forma irracional, e, em caso positivo, o quanto de irracionalidade há nele e, em que medida, ele poderia ser mudado. Abordar o exposto implica tratar da forma como são previstas as nulidades no processo. Passemos, assim, ao próximo capítulo, que analisa detidamente as nulidades, primeiramente, fora do processo, para passarmos, no capítulo seguinte (capítulo), ao seu estudo dentro dele.

Vol. I. Tradução: Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 46, nota de rodapé n. 5. Modernamento, tal adjetivização não tem sido muito utilizada, já que não haveria uma diferenciação entre a verdade perseguida no processo penal e no processo civil. A esse respeito, preferindo se referir só à verdade, Cleunice Pitombo fala que “na persecução penal, preferível aceitar que se perquire - na reconstrução do fato – uma verdade, sem adjetivos” (PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Processo penal: prova e verdade*. Tese (Doutorado) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2003, p. 179).

CAPÍTULO 2

AS NULIDADES NA TEORIA GERAL DO DIREITO.

2.1. Primeiras observações quanto ao estudo das nulidades fora e dentro do processo.

Neste capítulo e no próximo (o qual trata das nulidades processuais) serão tratados os aspectos gerais das nulidades: o seu conceito, sua natureza jurídica, como se dá a sua inserção dentro do âmbito das invalidades, seu relacionamento com institutos processuais próximos, entre eles o da inexistência jurídica e da ineficácia.

Todas essas questões têm relação com a sistematização da teoria das nulidades, cujo tratamento se mostra impreciso na doutrina e causa muita confusão, sendo importante falar a respeito, até para tentar delimitar os contornos do instituto da nulidade, depois, no direito processual, cuja análise será feita a partir do próximo capítulo.

Uma vez feita essa análise, de sistematização da matéria em apreço, tanto extra quanto endoprocessual, será realizado, no capítulo 4, um exame do texto normativo (legal) a respeito das nulidades processuais penais, com foco no nosso ordenamento jurídico.

O direito comparado não é objeto desta dissertação, sendo que, ao longo deste trabalho, quando a análise do direito alienígena, a nosso ver, se mostrar interessante, serão feitas remissões esparsas a alguns dispositivos de direito estrangeiro.

Para discutir essa primeira parte, de modo a melhor assentar conceitos e distinções entre os diversos fenômenos que circundam a ineficácia dos atos jurídicos, será relevante voltar os olhos para o tratamento das nulidades fora do âmbito processual.

A teoria das nulidades, genuinamente, foi construída e desenvolvida toda à luz dos vícios do ato jurídico em sentido geral, especialmente na área civil.

Portanto, o assunto objeto deste estudo constitui um tema, propriamente, de teoria geral de direito³³⁴, que foi, primeiramente, tratado e desenvolvido pelos doutrinadores do direito civil, sendo, posteriormente, aplicado às demais áreas do direito, entre elas: o direito processual. Não há como olvidar que a teoria geral dos atos e dos vícios jurídicos em muito influenciou a construção da teorização do assunto dentro do direito processual, especialmente no que tange à demarcação que se faz entre os âmbitos da inexistência, da nulidade (ou invalidade³³⁵), bem como, em menor medida, da ineficácia do ato jurídico.

Com isso, Não se pretende, de modo algum, sustentar, neste trabalho, uma teoria geral das nulidades, isto é, uma teoria unitária aplicável a qualquer âmbito do direito³³⁶, ou mesmo uma “teoria geral das nulidades no direito público”³³⁷, cujas pretensões seriam, a nosso ver, com o devido respeito às opiniões contrárias, fadadas ao insucesso³³⁸. Com efeito, inúmeras são as peculiaridades e nuances que rondam o tratamento das nulidades em cada área específica do direito. Apesar de descenderem do mesmo tronco comum (do sistema de nulidades instituído para o direito civil³³⁹), tem-se um sistema próprio para as nulidades no direito administrativo³⁴⁰, outro para as no direito constitucional³⁴¹, um

³³⁴ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3.ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 70.

³³⁵ Como veremos, no próximo capítulo, no processo, toda nulidade constitui uma invalidade, mas nem toda invalidade constitui uma nulidade.

³³⁶ Na doutrina nacional, entende possível pensar algo em termos de uma teoria geral das nulidades: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 01.

³³⁷ Assim entende Teresa Arruda Alvim Wambier: “um exame mais acurado das leis vigentes faz com que se chegue à conclusão de que existe um texto legal, nesta seara, tratando de forma razoavelmente minuciosa do assunto: é a Lei 4.717, de 29.06.1965, reguladora da ação popular” e “essa lei fornece elementos que nos podem servir de ponto de partida para esboçar uma ‘Teoria Geral das Nulidades’ no direito público, a que ter-se-ia de recorrer na ausência de previsão legal expressa” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 154 e 157, respectivamente).

³³⁸ Alberto M. Binder também é contra uma teoria unitária: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Tradução: Angela Nogueira Pessoa. Revisão: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 35.

³³⁹ Mesmo no direito civil, há peculiaridades que tornam a teoria das nulidades no direito de família muito diferente se comparada às outras matérias de outros ramos do direito.

³⁴⁰ A respeito das nulidades no direito administrativo: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999; CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. *Tratamento das nulidades no processo administrativo*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013; HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2010; REALE, Miguel. *Revogação e anulamento dos atos administrativos*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980; SALGADO FILHO, Nilo Spinola. *Contrato administrativo*: efeitos da invalidação. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006; SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex*

terceiro para as no direito do trabalho³⁴² e assim segue nas demais matérias em que se coloca o questionamento quanto às nulidades dos atos jurídicos.

No processo, diferentemente do que ocorre em outras áreas, a análise da nulidade não pode ser reduzida ao vício de forma, ou mesmo aos vícios de vontade, como ocorre, em regra, no direito civil³⁴³, já que, na seara processual, nem sempre a nulidade se origina, apenas, da prática defeituosa de algum ato jurídico.

Com o fortalecimento do constitucionalismo moderno, os estudiosos processuais perceberam que, acima da lei, estão os valores de hierarquia constitucional, os quais ditam grande parte das diretrizes a respeito do tratamento e reconhecimento das nulidades. Não se quer com isso dizer que a lei não seja importante. Ao contrário. A lei é muito relevante, pois é através dela que, em regra, os princípios constitucionais ganham concretude prática.

Apenas não há mais o primado da lei, como ocorria antigamente, ao se considerar nulo o ato jurídico que estivesse em dissonância com a lei, a forma legal; interpretação essa que, aliás, aos poucos, vem sendo questionada na própria seara civil, que, tradicionalmente, sempre foi mais inclinada a conceituações rígidas, que, por exemplo, atrelam o conceito de nulidade apenas à infração à lei ou ao vício de forma/vontade.

Portanto, não é adequado transportar, *automaticamente*, a conceituação conferida às nulidades do direito civil para o direito processual.

officio do ato administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2004; SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Mas Limonad, 2001; ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Embora não seja uma obra endereçada ao estudo das nulidades no direito administrativo, é interessante, de toda forma, consultar o trabalho de: GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*. São Paulo: RT, 1980.

³⁴¹ No direito constitucional, para um estudo mais específico sobre o assunto, consulte-se: HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: Teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. Com relação ao controle de constitucionalidade, e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade: MENDES, Gilmar Ferreira. “A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202” *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 3, v. 2, 1994; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁴² No direito do trabalho, seguem as seguintes obras: COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; DALLEGRAVE NETTO, José Affonso. “Nulidade do contrato de trabalho e o novo Código Civil. In: José Affonso Dallegrove Neto & Luiz Eduardo Gunther (coords.). *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003; GOMES, Orlando. “Nulidades no direito contratual do trabalho”. *Revista Forense*, n. 155, set./out. 1954; LORENZETTI, Ari Pedro. *As nulidades no direito do trabalho*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2010.

³⁴³ Cabe destacar que nem só de vício de forma, ou vontade, pode decorrer alguma nulidade, em direito civil. Também quanto ao objeto pode surgir alguma invalidade, já que ele tem que ser lícito, para a validade do ato (art. 104, II, do Código Civil), e, em alguns casos, moral, não sendo por outra razão que o artigo 426, do Código Civil, estatui que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Um exemplo de nulidade por ilicitude do objeto, no direito trabalho, é o “caso de do trabalhador que lida com o jogo do bicho. Nesse sentido, vide a Orientação Jurisprudencial nº 199, SDI I, TST” (JORGE NETO, Francisco Ferreira & PESSOA CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. *Manual de direito do trabalho*. Tomo I. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 444).

No ponto, também se mostra um pouco questionável a transposição de conceitos e institutos como o da inexistência jurídica, tal como pensados para o direito civil³⁴⁴. O mesmo se dá com a importação da classificação das nulidades, *nos moldes pensados para o direito civil*. O exposto, evidentemente, não implica desconsiderar, ou pior, renegar todo o tratamento jurídico conferido à matéria das nulidades fora do processo, já que este estudo se mostra necessário até para que se possa, posteriormente, fazer uma análise crítica quanto à correção ou impropriedade de uma eventual importação/transposição de conceitos.

Como bem expõe Fabrizzio Matteucci Vicente, cujas orientações procedem:

“Conforme a advertência inicial do capítulo não se está procurando aplicar com a análise em questão o método da transposição de conceitos do ramo do direito civil para o ramo do direito processual, o que fatalmente levaria a equívocos. O que se busca com a análise dos defeitos dos fatos jurídicos seguindo uma ‘teoria geral do direito’ é análise desses fenômenos, no que têm em comum em todos os ramos para, a partir dessas premissas devidamente estabelecidas, analisar-se a peculiaridade dos fatos jurídicos verificáveis no campo processual”³⁴⁵.

Assim, conforme mencionado acima, será importante e necessário, neste capítulo, abordar quais os delineamentos gerais das nulidades fora da seara processual, sobretudo na seara civil, até para, depois, haver condições de apontar o que pode e o que não pode ser aproveitado do direito civil ao âmbito processual, e, especialmente, para o processo penal, que tem algumas particularidades em relação ao processo civil.

2.1.1. Algumas observações preliminares.

2.1.1.1. Observações de ordem metodológica.

Antes de proceder ao estudo das nulidades, cabe fazer algumas observações de ordem metodológica, para evitar futuras confusões.

Pois bem, optar-se-á, neste trabalho, por iniciar o estudo da matéria das nulidades antes pelo exame do ato jurídico em geral e de seus vícios.

A escolha feita se deve pelo fato de que tanto a criação quanto o desenvolvimento da teoria das nulidades no direito surgiram, primeiramente, para lidar com os problemas envolvendo os vícios dos atos jurídicos em geral.

³⁴⁴ O mesmo fenômeno referente à transposição de institutos de uma disciplina à outra ocorre em outros ordenamentos, notadamente no que tange à importação de conceitos da matéria das nulidades do direito civil para o direito processual. No que concerne ao instituto da inexistência jurídica, Sergio Gabriel Torres afirma, no direito argentino, “el concepto de actos inexistentes se há transportado a la órbita penal desde el derecho civil” (TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el proceso penal*. 5.^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 62).

³⁴⁵ VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 156, nota de rodapé n. 395.

Se a *nulidade*, tal como pensada para a teoria geral do direito, seria uma resposta prevista para lidar, principalmente, com os *vícios* do ato jurídico, cumpre, primeiramente, analisar qual é a estrutura do ato jurídico, quais os seus *defeitos*, para somente depois tratar propriamente das *invalidades*³⁴⁶. No processo, quando tratarmos do assunto no próximo capítulo, também convém abordar a estrutura do ato jurídico processual, já que a *maioria* das hipóteses envolvendo as nulidades processuais decorre de algum problema relacionado à forma, ou melhor, à prática imperfeita do ato. Portanto, também no direito processual mostra-se conveniente proceder a um estudo pormenorizado do ato jurídico (processual), com especial atenção para os seus defeitos, o que auxiliará, posteriormente, no estudo das nulidades. Parte da doutrina processual, pelas mesmas razões acima mencionadas (de ordem metodológica), inicia o estudo da matéria por meio da análise do ato jurídico, já que existe uma íntima vinculação entre forma e nulidade processual³⁴⁷. Não obstante a correção dessa última afirmação, o que deve ficar bem claro, nesta oportunidade, é que a opção feita em iniciar o estudo das nulidades pelo exame do ato jurídico não deve passar uma falsa impressão de que o tema das nulidades processuais se restringiria apenas a uma análise de vício de forma (ou ao vício de vontade).

2.1.1.2. Ponderação preliminar: a nulidade (sobretudo a processual) não é nem se restringe apenas ao mero vício de forma.

É importante destacar, e fazer uma observação preliminar, ainda neste capítulo, que as nulidades, sobretudo na matéria processual, não se reduzem à mera análise da (in)adequação da forma. A esse respeito, como afirmam Geórgia Bajer Fernandes e Paulo Sérgio Leite Fernandes, “as nulidades também se corporificam, de outro lado, quando perfeitos na forma, vierem tais atos ao mundo concreto viciados na substância, que, na verdade, lhes dá instrumentalidade, razão mesma de seu viver”³⁴⁸. No processo, portanto, mais que um problema de forma, a invalidade se conecta à violação de algum valor constitucional, que pode, inclusive, se dar sem a violação de alguma forma.

Com efeito, há diversas hipóteses de nulidades processuais que podem ocorrer sem que haja a presença de alguma incorreção na execução do ato jurídico.

³⁴⁶ Adianta-se quanto ao uso dos termos nulidade, invalidade, vício e defeito, que nulidade não deixa de ser uma invalidade, como já dito, ainda que sujeita a um regime específico. Isso será visto no próximo capítulo. No que tange aos termos vício e defeito, os dois termos serão usados como sinônimos nesta dissertação.

³⁴⁷ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 3.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 01.

³⁴⁸ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 296.

Pense-se, por exemplo, no indeferimento de uma perícia requerida pela parte ou até mesmo no indeferimento de um pedido feito pela defesa para a expedição de uma carta rogatória. Imaginem-se aquelas hipóteses em que a sentença leve em consideração, na sua fundamentação, uma prova ilícita. Ora, em todos os casos narrados, é evidente que, muito provavelmente, pode ter havido uma nulidade, sem que, para tanto, tenha concorrido qualquer vício formal. No primeiro exemplo, a rejeição do pedido de realização de uma perícia ou da expedição de uma carta rogatória pode, eventualmente, acarretar uma nulidade, o que não ocorre por qualquer imperfeição formal do ato em si, mas por conta do conteúdo equivocado da decisão proferida, o qual pode acarretar a violação de algum direito ou garantia fundamentais. Assim ocorrerá se houver um eventual cerceamento da defesa, ou mesmo do direito constitucional à prova. Igualmente no exemplo da sentença proferida, que, eventualmente, possa ter levado em consideração uma prova ilícita, é convir que não há, na hipótese, qualquer vício formal no edito em si mesmo considerado, já que não há nada de errado com a forma da sentença (ela contém relatório, fundamentação e, no final, dispositivo); contudo, há, na espécie, certamente, um vício de conteúdo, já que, em nosso ordenamento jurídico, as provas ilícitas são inadmissíveis³⁴⁹.

Sendo assim, a nulidade, no direito processual, não se resume a mero problema de forma. Deve-se deixar claro que o vício e a nulidade são coisas distintas conforme teremos oportunidade de analisar, no próximo capítulo. Tanto a nulidade no processo não é nem se circunscreve a uma mera questão de forma, que, conforme será demonstrado, mesmo quando há alguma omissão ou imperfeição na prática de algum ato processual, o vício, por si só, não indica se haverá, ou não, alguma nulidade. Há determinados vícios que, aliás, nunca acarretarão qualquer ineficácia, sendo que alguns deles (por exemplo, no caso das irregularidades) nem mesmo estão sujeitos ao regime das nulidades.

O que se quer frisar, desde logo, para evitar futuras confusões, é que nulidade não é sinônimo de vício³⁵⁰, sobretudo no processo.

³⁴⁹ Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República.

³⁵⁰ É por isso que Antonio do Passo Cabral ensina: “não se pode confundir o defeito (o vício do ato) com a sua consequência (a invalidade, a negativa de eficácia do ato viciado)” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.). Também Roque Komatsu afirma que “não se pode ligar o conceito de imperfeição ao da ineficácia” do ato (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 193) Nessa mesma esteira é o entendimento, na Itália, de: DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atto nel processo penale*. 2.ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 02. Por isso, deve-se tomar cuidado em transportar TODA a sistemática das nulidades do direito civil ao direito processual, segundo expõe: PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale – teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 117) Na Argentina, Alberto Luis Maurino aduz que as nulidades não visam tutelar formas, já que “se vislumbra con nitidez en este sistema la misión de las nulidades procesales, que estudiaremos luego, y que no es precisamente asegurar la observancia de las formas, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley” (MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 09). No mesmo sentido: DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en El Proceso Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1982, p. 21; TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el proceso penal*, p. 95.

A confusão que geralmente se faz entre nulidade e vício de forma no processo é compreensível na prática, pois, na maioria dos casos, a nulidade, de fato, comumente se origina de algum vício de ordem formal. Contudo, dado o rigor necessário a um trabalho acadêmico, cumpre destacar que, tecnicamente, uma coisa (nulidade) é diferente da outra (vício de forma). Na verdade, toda a “confusão” que se faz entre vício formal e nulidade ocorre porque muitos dos valores que a nulidade visa resguardar já se encontram corporificados em meio à forma, a qual, normalmente, é estabelecida para desempenhar alguma função dentro do processo, finalidade, em regra, atrelada à proteção de um valor.

A prática defeituosa do ato jurídico indica, a princípio, que houve a vulneração de algum valor tutelado pela ordem jurídica. Não fosse assim, se fosse indiferente a forma como realizado o ato, a lei não iria prever que ele fosse praticado de determinado modo.

Em outras palavras, pode-se dizer que o vício de forma, especialmente dentro do processo, serve como um indicativo, um alerta, isto é, um “sinal de perigo”³⁵¹ para apontar que, na hipótese, houve, em tese, a violação de algum valor importante; e é justamente a violação de um valor que, precisamente, dá ensejo à nulidade.

Por isso, muitos autores, ao iniciarem o estudo das nulidades, fazem-no por meio da análise do ato jurídico, pela forma, etc., o que é compreensível, haja vista a íntima relação entre forma e função, entre a forma e a proteção de direitos, e, conseqüentemente, entre a forma e nulidade. Contudo, uma coisa não se confunde com a outra, cabe deixar bem claro. Nem sempre a nulidade decorrerá de um vício de forma. Pode ser até que decorra de um ato realizado em completa perfeição com o modelo legal. Caso se queira trabalhar com o conceito de vício, ou atipicidade, para tratar com a teoria das nulidades, preferível que se tenha uma concepção ampla, não meramente restrita à forma.

2.1.2. Exposição e divisão da matéria das nulidades referente ao presente capítulo.

Este capítulo será dedicado à análise da nulidade na teoria geral do direito.

Afetando a nulidade, como regra, os efeitos jurídicos do ato jurídico, é natural que se comece o estudo do assunto tratando, primeiramente, a respeito do que se deve entender por um fato *jurídico*, produtor de efeitos jurídicos. Portanto, a primeira parte deste capítulo será centrada no estudo do *fato jurídico*, sendo tratado o sistema de nulidades tal como construído para a teoria geral do direito, mais especificamente para o direito civil.

³⁵¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 124.

Dar-se-á especial destaque para o estudo das nulidades na matéria de direito civil, pois, como bem coloca Cândido Rangel Dinamarco, o direito civil conta com milênios de desenvolvimento, tendo influenciado todas as demais disciplinas jurídicas³⁵².

Não obstante a teoria geral do direito e o direito civil não se confundam, não há como negar que grande parte da teoria geral foi edificada à luz dos postulados, máximas e dos brocardos jurídicos próprios do direito civil, sendo esta uma das razões pela qual a teorização das nulidades e dos vícios processuais foi influenciada pelo direito civil³⁵³.

Portanto, antes de ser analisado o instituto das nulidades, começar-se-á a examinar os atos jurídicos, isto é, a teoria do fato jurídico, frise-se, tal como pensada e construída para o direito civil. Como reafirma Miguel Reale, é “compreensível que a sua disciplina seja feita no Código Civil, por ser a sede do Direito comum”³⁵⁴.

Muito dessa análise, depois, será aproveitada quando estudarmos a estrutura do ato jurídico processual, no capítulo seguinte, o qual nada mais constitui que uma espécie de ato jurídico. Uma vez efetuada a análise do ato jurídico fora do processo (estudo do que se entende por elementos e requisitos do ato), passar-se-á ao estudo de seus vícios, que podem acarretar consequências jurídicas, entre as quais se inserem as nulidades, a inexistência jurídica e, em menor medida, a ineficácia em sentido estrito do ato.

Mostra-se útil expor a diferenciação entre esses institutos na seara civil, já que houve o aproveitamento de muitos dos conceitos do direito civil ao processo.

“Não têm faltado autores que reputam de todo em todo inaplicável à tela do Direito Público a doutrina das nulidades elaboradas pela experiência civilística, mas a verdade é que todos os sucedâneos até agora oferecidos, ou se enredam em dificuldades mais graves do que as criticadas, ou se perdem em critérios meramente quantitativos. Não se trata, porém, de aplicar no Direito Público cânones consagrados nos domínios do Direito Privado, mas sim de reconhecer que a questão se situa, primordialmente, no plano da Teoria Geral do Direito, oferecendo particularidades conaturais aos diversos ramos da experiência jurídica”³⁵⁵.

³⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53, nota de rodapé 77.

³⁵³ Atestando essa complementaridade entre direito civil e teoria geral do direito, há, de fato, temas tratados no Código Civil que se aplicam a todo o direito, a todo o ordenamento jurídico, já que próprios da teoria geral do direito. A esse respeito, o Ministro Cezar Peluso cita o abuso de direito que “penetrou em nosso direito positivo pela porta do art. 187 do vigente Código Civil, cujo enunciado não se restringe ao campo do direito privado, porque expressa noção própria da Teoria Geral do Direito e que, por via de consequência, não se limita a essa definição do Código Civil” (STF, APN 333/PB, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 05.12.2007)(p. 29, do acórdão). Aliás, a *Lei de Introdução ao Código Civil* (o Decreto-Lei 4.657/1942), com a edição da Lei 12.376/2010, mudou de nome, passando a se chamar *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*: o que comprova, mais uma vez, que muitas das normas, brocardos e máximas de direito civil se projetam para todo o ordenamento jurídico como diretrizes de teoria geral do direito.

³⁵⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 203.

³⁵⁵ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento dos atos administrativos*, p. 47.

Exposta a teorização no que tange a uma teoria geral dos atos jurídicos e dos seus vícios e nulidades, passar-se-á, no capítulo 3, ao estudo das nulidades processuais penais³⁵⁶.

2.2. Dos fatos jurídicos.

Fato é um acontecimento qualquer, situado em determinado espaço de tempo e lugar, demarcado por um momento inicial e final³⁵⁷. Neste sentido, tudo poder ser descrito como um fato, por mais breve e efêmero que seja. Pode ser descrito como fato desde um simples piscar de olhos até o mais demorado e/ou complexo dos acontecimentos (pense-se: ir à Lua, a Marte), podendo o fato compreender e se referir a um período histórico.

Praticamente, todo o direito diz respeito a fatos, já que serve para discipliná-los.

Por isso é tradicional a afirmação de que o direito nasce do fato, segundo a velha parêmia romana *ex facto oritur jus* (do fato origina-se o direito).

Contudo, nem todo fato é, por si só, um fato jurídico, pois, nem sempre traz consequências jurídicas³⁵⁸. Como expõe Miguel Reale: “é preciso entender, entretanto, qual o sentido exato desse brocardo que é invocado, muitas vezes, fora de propósito. Quem pensa que o Direito provém do fato, assim como uma lei física resulta de uma experiência realizada em laboratório, engana-se redondamente”³⁵⁹. Embora o fato seja uma dimensão essencial ao direito, não é a única, sendo necessária a conjugação de uma norma que agregue em seu bojo determinada valoração jurídica³⁶⁰, tendo em vista, obviamente, sua relevância social. Sendo o direito um fenômeno que pode ser visto por três ângulos, fato, valor e norma, segundo feliz síntese de Miguel Reale, fica fácil perceber que nem todo fato é, em si, fato jurídico. Ele decorre, para sê-lo, de um fato gerador de uma (ou mais)

³⁵⁶ Também nesse ponto serão seguidos os passos anteriores: serão analisados os atos jurídicos processuais, sua estrutura, os âmbitos de existência, validade e eficácia e os vícios que, de acordo com a doutrina processual, levam à inexistência, invalidade e ineficácia dos atos processuais, procurando-se sempre destacar as semelhanças entre esses âmbitos, em prol de uma melhor sistematização da matéria das nulidades.

³⁵⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 20.

³⁵⁸ “Se um meteoro atinge o planeta Marte, esse fato, em tese, não traz qualquer consequência jurídica. É, portanto, um fato não jurídico, é um mero acontecimento. Entretanto, se esse mesmo meteoro atinge o Planeta Terra, atravessa a atmosfera e se impacta contra um edifício, destruindo-o por completo ou parcialmente, ter-se-á uma série de consequências jurídicas, tais como a cobrança de seguros, ações indenizatórias, prejuízos de ordem material e moral, mortes com a conseqüente sucessão e necessidade de aberturas de inventários, investimento público na recuperação da área atingida, etc” (VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização*. Tese {Doutorado} apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo {USP}, São Paulo, 2010, p. 09)

³⁵⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 199.

³⁶⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 201.

relação(ões) jurídica(s)³⁶¹. Aduz Orlando Gomes que fato jurídico “é todo acontecimento, dependente, ou não, da vontade humana, a que o Direito atribui efeito”³⁶².

Entre os processualistas, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que se os atos forem “relevantes para o Direito, qualificam-se como *jurídicos*”³⁶³.

Nesse sentido é a lição da doutrina estrangeira³⁶⁴.

Há um questionamento derradeiro quanto à eficácia jurídica do ato, que, muitas vezes, é olvidado. A indagação reside nisto: se o fato, para ser reconhecido como jurídico, (a) precisa produzir os efeitos jurídicos esperados desde logo (efetiva produção de efeitos jurídicos) ou (b) bastaria apenas a mera expectativa na produção desses efeitos (aptidão).

Geralmente, a doutrina não trata dessa questão, sequer chegando a problematizá-la, sendo, por isso mesmo, pertinente a indagação de Teresa Arruda Alvim Wambier, posta nos seguintes termos: “se o termo eficácia se refere à *efetiva produção de efeitos* ou à *aptidão para produzi-los*. Alguns autores, em lugar de discutir o sentido do termo, assinalam ter ele dois sentidos: a) sociológico (produção efetiva de efeitos); b) jurídico (possibilidade de produção efetiva de efeitos). E ainda se pode fazer outra distinção, quando se pensa na *aptidão para a produção de efeitos*: ‘a palavra eficácia tem dois sentidos: a) ter *condições fáticas* de atuar, porque presentes os pressupostos normativos que a ajustam à produção de efeitos; b) ter *condições técnicas* de atuar, porque presentes os pressupostos normativos que a ajustam à produção de efeitos”³⁶⁵.

Neste trabalho, entende-se que melhor é a segunda opção, pois, há fatos jurídicos cujos efeitos jurídicos só são produzidos no futuro (condição), sendo que, nem por isso, poderia deixar de qualificá-lo como um fato jurídico.

Pense-se em um testamento, o qual, ainda que seja ineficaz temporariamente (ou mesmo definitivamente, caso venha a ser revogado antes de a pessoa morrer), não deixa, por isso mesmo, de ser considerado um fato jurídico (isto é, que tem aptidão para produzir efeitos). O mesmo vale para fatos jurídicos em que foi prevista uma cláusula suspensiva de eficácia (condição), sendo que, nem por isso, eles deixam de ser fatos jurídicos. Cita-se, outrossim, o exemplo dos atos inválidos, mas que, como regra, ainda que não produzam os efeitos jurídicos esperados, nem por isso se deixará de afirmar que eles (os atos inválidos) sejam fatos jurídicos, já que, na origem, eles aparentavam ter aptidão jurídica.

³⁶¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 21.ª Ed. São Paulo: RT, 1993, p. 466.

³⁶² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 214. Entre os Autores mais modernos, da área civil, tem idêntica concepção acerca de fato jurídico: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

³⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 409.

³⁶⁴ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 15; LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 8.ª ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1973, p. 241.

³⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 141.

Então, o que qualifica um fato jurídico é a mera aptidão (potencialidade, ainda que aparente) e não a efetiva produção desses efeitos.

2.2.1. Classificação dos fatos jurídicos (fatos jurídicos em sentido amplo).

Em sentido amplo, o fato jurídico tanto pode ser involuntário como voluntário. Ele alberga, assim, tanto as hipóteses de acontecimentos naturais, isto é, que independem da vontade humana, quanto os fatos voluntários, que dependem da volição do homem, sendo os últimos denominados atos jurídicos. De tal modo, o conceito de fato jurídico (em sentido lato) compreende duas conotações distintas: (1) fatos ou eventos que independem da vontade humana (mais conhecidos como fatos jurídicos em sentido estrito); (2) fatos voluntários, também denominados como atos jurídicos. Esses últimos, os fatos jurídicos voluntários (como visto: denominados atos jurídicos) também se bifurcam em dois: (a) atos jurídicos em sentido estrito e (b) negócios jurídicos³⁶⁶. A classificação exposta já é bastante usual na doutrina servindo tanto ao âmbito extraprocessual quanto ao processual, embora também haja outras classificações menos usuais, das quais não se cuidarão neste trabalho, por não vislumbrar maior utilidade³⁶⁷ em relação à teoria tradicional.

2.2.1.1. Dos fatos jurídicos em sentido estrito.

Com relação aos fatos que independem da vontade humana (fatos jurídicos em sentido estrito), podem ser citados, a título meramente exemplificativo: (a) os eventos da natureza ou os acontecimentos decorrentes do caso fortuito ou força maior³⁶⁸, como o ataque de um cão contra alguém, que acarreta a responsabilidade do dono³⁶⁹; (b) os

³⁶⁶ A tal respeito: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 214; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p.105; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 201. Na doutrina processual: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 410.

³⁶⁷ Parte da doutrina também fala em “ato-fato jurídico”, explicando, a seu respeito, Marcos Bernardes de Melo que “há outras hipóteses em que o fato para existir necessita, essencialmente, de um ato humano, mas a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato humano é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma *se houve ou não vontade* em praticá-lo” (MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 137). Discorre o Autor que “no conceito de ato-fato jurídico estão incluídos: I) os atos reais; II) os casos de indenizabilidade sem culpa; III) os casos de caducidade sem culpa” (MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, p. 137). Trata-se de classificação menos usual e, a nosso ver, um tanto quanto confusa, sendo que, com o devido respeito, o seu uso nos parece prescindível, haja vista a classificação tradicional. Não será utilizada neste trabalho.

³⁶⁸ Neste trabalho, dada certa imprecisão entre a delimitação dos conceitos de força maior e caso fortuito na doutrina civil, não serão feitas distinções pormenorizadas, sendo os termos utilizados sob a locução fato jurídico involuntário, de modo a indicar situações imprevisíveis, que fogem do controle das pessoas, seja o evento decorrente da natureza, seja da conduta humana ou mesmo de forças ocultas.

³⁶⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 202.

acontecimentos humanos que independem da vontade direta do homem, como (b1) as crises econômicas, as alterações drásticas das condições que ditaram a realização de um determinado contrato, (acarretando, por exemplo, efeitos jurídicos, como a resolução por onerosidade excessiva); (c) os fatos naturais que recaem sobre as pessoas, podendo-se citar a (c1) gestação de um ser vivo³⁷⁰, (c2) o nascimento com vida³⁷¹, (c3) a idade³⁷², (c4) o parentesco³⁷³, (c5) a morte³⁷⁴.

“Determinados fatos que, *na realidade*, são atos voluntários poderão entrar no mundo jurídico como fatos em sentido estrito, por a norma jurídica não levar em conta, na sua composição, nem o elemento ‘declaração de vontade’, nem sequer a simples manifestação de vontade; por exemplo, a morte, para efeitos sucessórios, é fato involuntário (fato jurídico em sentido estrito), quer se esteja diante de morte natural, quer de morte provocada por terceiros, quer, finalmente, se trate de suicídio e, portanto, neste último caso, ela tenha sido, na realidade, ato de vontade”³⁷⁵.

Todos esses fatores geralmente acarretam algumas consequências jurídicas, como ocorre, por exemplo, com começo ou fim da personalidade (vida e morte), com a abertura da sucessão, em caso de herança, com a aquisição ou perda da capacidade jurídica, etc³⁷⁶.

Além destes exemplos, há fatos que, independentemente da vontade, também incidem em relação às coisas, como ocorre com os acréscimos e com as deteriorações que, respectivamente, com a ação do tempo, por si só, acarretam algum (des)valor ao bem³⁷⁷.

Por fim, há fatos involuntários que alteram os próprios direitos e deveres, como se dá com a simples ação do tempo, o qual pode levar à prescrição de uma pretensão (seja extintiva ou aquisitiva) ou mesmo à decadência de um direito³⁷⁸.

2.2.1.2. Dos atos jurídicos (em sentido amplo)

³⁷⁰ “... antes do nascimento, já esse fato tem a sua ressonância no mundo jurídico através de leis, protetoras do nascituro” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 202)..

³⁷¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 214; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 466. Miguel Reale afirma que “o nascimento de uma criança é um fato biológico que implica, de per si, situações jurídicas caracterizadas” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 202).

³⁷² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 214.

³⁷³ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 106. O parentesco, para fins jurídicos, contudo, pode ser um fato voluntário: basta pensar (para ficarmos em um exemplo) em uma adoção consensual.

³⁷⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 214; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 106; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 466; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 202.

³⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*, p. 17.

³⁷⁶ A maioria desses exemplos pode ser consultada em: RAÓ, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4.ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 31.

³⁷⁷ RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 30.

³⁷⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 202.

Todo fato jurídico dependente da vontade humana é classificado pela doutrina como ato jurídico em sentido amplo, ou ato jurídico *lato sensu*.

Como afirma Giovanni Leone, “*fatto umano o atto giuridico in senso lato, che è il fatto dell’uomo prodotto con coscienza e volontà, il fatto umano volontario*”³⁷⁹.

O direito, preponderantemente, é fruto da vontade humana, podendo ser reduzido a diversas espécies de atos jurídicos. São atos jurídicos, por exemplo, os atos consistentes na edição de uma lei, assim como são atos jurídicos os mais diversos provimentos emanados dos agentes estatais, tanto de natureza administrativa quanto jurisdicional, sem falar das diversas outras manifestações de vontade que o particular pode emitir na sua vida privada visando à produção, modificação ou extinção de alguma relação jurídica, que, como bem exemplifica André Franco Montoro, ocorre no caso do “contrato, o casamento, o testamento, que produzem efeitos jurídicos de acordo com a vontade do agente”³⁸⁰

Tão vasta é a categorização dos atos jurídicos, que, como anota Caio Mário da Silva Pereira, “criou-se, então, a concepção de que fonte do direito é o *ato jurídico*, expressão que de princípio deve ser diferenciada da idéia de *negócio jurídico*, uma vez que esse acha-se absorvido por aquela generalização. Para esta corrente o elemento essencial de aproximação é a vontade: tanto a lei, como o contrato, como a sentença são gerados por manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos”³⁸¹.

No que concerne à modalidade dos *atos* jurídicos voluntários, ou *atos* jurídicos em sentido amplo, existem dois tipos: (a) os atos jurídicos em sentido estrito, que são os que, embora voluntários na origem, seus efeitos decorrem imediatamente da prática do ato, são previstos diretamente pela lei, pouco importando a vontade do agente; (b) os negócios jurídicos, em relação aos quais as declarações de vontade do agente são muito relevantes, pois são atos dirigidos à consecução de certos objetivos, cuja intenção é socialmente tutelada e protegida pelo direito³⁸². Nos primeiros (atos jurídicos em sentido estrito), é importante o querer na ação, pouco importando o querer no resultado; já nos segundos (negócios jurídicos), a volição deve compreender não só um querer quanto à ação, mas, especialmente, também quanto ao resultado: nesses últimos, há um querer na ação, com vistas a determinadas consequências.

Tem-se, portanto, a subdivisão mencionada, referente aos atos jurídicos em sentido amplo, que ora se passa a analisar.

³⁷⁹ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 242. Na doutrina brasileira, José Joaquim Calmon de Passos também ensina que “quando o fato tem como seu agente causador o homem, dizemos que se trata de um *ato*” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 20).

³⁸⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 466

³⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 22.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60.

³⁸² Essas três conotações são mencionadas por Vicente Raó: RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 28.

2.2.1.2.1. Ato jurídico em sentido estrito.

Nos atos jurídicos em sentido estrito, embora a vontade do agente constitua um elemento essencial à existência do ato em si, não se coloca a discussão quanto à intenção quanto aos seus efeitos, já que neles basta “a mera possibilidade de escolha, não de certo ou certos efeitos, mas deste ou daquele meio que o ordenamento proporciona”³⁸³. Muito embora não prescindam da vontade do agente, são atos cuja realização em si já implica alguma consequência jurídica, pouco importando se o agente pretendia a produção daquele efeito jurídico. Não é necessário, portanto, uma declaração de vontade expressa do sujeito: basta executar o ato, para que se produzam os efeitos previstos pelo ordenamento jurídico.

É o que ocorre com alguns fatos voluntários em que a vontade do agente não tem qualquer relevância para a produção dos efeitos previstos em lei.

Basta a prática do ato em si, como ocorre com a interpelação³⁸⁴, sendo que, uma vez observados os requisitos legais, ocorre o efeito jurídico previsto em lei. No processo, como teremos oportunidade de analisar, abundam atos jurídicos em sentido estrito.

Cabe destacar, por fim - não obstante haja algumas controvérsias a respeito³⁸⁵ -, que também se insere na modalidade de ato jurídico em sentido estrito a figura do ato ilícito (seja civil³⁸⁶, seja penal³⁸⁷), já que seus efeitos independem da vontade do agente, cujas consequências, geralmente, não são queridas por ele, já que é difícil imaginar uma situação como a de um “criminoso que mata alguém com o fim de ir para a prisão”³⁸⁸.

O ato jurídico ilícito não deixa, pela sua ilicitude, de ser, em si mesmo, também um ato jurídico, já que é produtor de determinados efeitos jurídicos (consequências ou

³⁸³ RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 32.

³⁸⁴ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil.*, p. 105.

³⁸⁵ Por exemplo, Orlando Gomes insere o ato ilícito na figura do fato jurídico *stricto sensu*, e não na modalidade dos atos jurídicos, pois, a seu ver, “não somente os acontecimentos naturais são fatos jurídicos *stricto sensu*. Ações humanas de efeitos jurídicos involuntários, como os *atos ilícitos*, também pertencem a essa categoria e não à dos negócios jurídicos, pois o que caracteriza estes é a voluntariedade do efeito produzido. Quando esse efeito decorre da lei, sem que ela se preocupe em saber se foi querido ou não, a ação humana é fato jurídico *lato sensu*. De acordo com essa noção, o quase-contrato, o delito e o quase-delito são fatos jurídicos” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 214-215). Já Vicente Raó – embora por fundamento diverso do esposado por Orlando Gomes - entende que só de modo impróprio o delito pode ser qualificado como um ato jurídico, “porque não consiste em ato de exercício da autonomia privada, dispositiva e preceptiva da vontade, destinado a criar, praticar, alterar, ou extinguir direitos, de conformidade com o ordenamento jurídico” (RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 34). Roque Komatsu também entende que “o ato ilícito não é ato jurídico” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 106).

³⁸⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 29.

³⁸⁷ Assim entende Antônio Junqueira de Azevedo, para o qual “os crimes, em geral, são atos jurídicos não negociais” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*, p. 21).

³⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*, p. 19.

sanções). O ilícito, ao contrário do que se possa imaginar, não está fora do direito, mas dentro dele. Na verdade, é correto afirmar, com Hans Kelsen, que “o ilícito (*delito*) não é negação, mas pressuposto do Direito”³⁸⁹.

2.2.1.2.2. Negócios jurídicos

Negócios jurídicos correspondem a determinados atos voluntários praticados pelo sujeito. Negócio jurídico, é bom frisar, ostenta uma conotação toda especial no direito, muito diferente do que poderia pensar em sentido vulgar (comum).

Negócio jurídico não corresponde, necessariamente, ao conceito de contrato.

O negócio jurídico não necessita da vontade de duas pessoas, não correspondendo ao conceito de acordo, como poderia interpretar o leigo, ao pensar logo no sentido comum da palavra “negócio”, como um acordo ou contrato. No ponto, se será, ou não, necessária mais de uma manifestação de vontade para a eficácia do ato, isso se refere ao tipo de relação jurídica em si, como ocorre no caso dos contratos, em que são necessárias duas ou mais manifestações de vontade harmônicas, para aperfeiçoamento do ato

Na verdade, negócio jurídico é a qualificação que se dá a um tipo de ato jurídico voluntário emanado por uma pessoa com vista a determinado fim.

Diferentemente dos atos jurídicos em sentido estrito, em que basta a mera vontade no agir, pouco importando a vontade quanto ao fim, os negócios jurídicos requerem uma declaração de vontade consciente e expressa do agente direcionada a determinados fins, os quais são valorados e estimulados pelo próprio ordenamento jurídico. É um querer não só na causa, mas também na sua consequência. Segundo afirma José Joaquim Calmon de Passos, “faz-se imprescindível, nessa hipótese, não só a *vontade do ato (inicial)* como a *vontade do resultado (final)*. A dogmática conceitua a espécie como constitutiva de um *negócio jurídico* devendo-se teorizar sua invalidade com atendimento ao que lhe é específico – o suposto é tipificado pelos pactuantes e por eles também é definida a consequência imputável, revestindo-se de particular relevo, por força disso, os denominados *vícios de vontade*”³⁹⁰. Por isso que, como bem disse o último Autor citado, nessa seara, mais que em qualquer outra, têm grande relevância a teorização quanto aos vícios de vontade do ato jurídico. Esses vícios serão analisados mais adiante, quando do estudo das invalidades no direito civil. É importante atentar para tais conceitos, e, em especial, para os vícios de vontade nos negócios jurídicos, pois, caso se entenda possível

³⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. Revisão: Silvana Vieira. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 124.

³⁹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 30.

falar em negócios jurídicos dentro do processo, isto é, em *negócios jurídicos processuais*, será também possível falar em vícios de vontade que darão azo à decretação da nulidade.

Analisados os tipos de fatos que têm relevância para o direito, ou melhor, das categorias de fatos jurídicos, passa-se ao estudo dos *aspectos* (dos elementos, requisitos e fatores) que lhe conferem a eficácia jurídica, para que possam produzir os efeitos previstos pelo sistema legal. Adentra-se ao estudo dos planos de eficácia dos fatos jurídicos, que tem especial ligação com a matéria das nulidades.

2.3. Planos da eficácia dos atos jurídicos: existência, validade e eficácia *stricto sensu*.

Como afirmado acima, um fato, para ser considerado jurídico, tem que ter aptidão para produzir alguns efeitos. Pois bem, para poder produzir todos os seus efeitos, o fato, como regra geral, precisa, primeiramente, existir do ponto de vista jurídico.

Uma vez existindo do ponto de vista jurídico, a princípio, ele já tem aptidão para realizar, normalmente, todos os efeitos jurídicos esperados.

Contudo, nem sempre assim ocorre, pois, para que produza determinados efeitos jurídicos, é necessário que tenha validade e eficácia em sentido estrito.

O preenchimento de todos esses planos, ou etapas, é necessário para que seja possível falar em eficácia jurídica do ato.

Em síntese: os planos da existência, da validade e da eficácia são necessários para que se possa falar em eficácia jurídica do ato jurídico.

2.3.1. A existência jurídica do fato.

Primeiramente, o ato, para surtir efeitos, precisa ser qualificado como jurídico, isto é, precisa existir do ponto de vista jurídico, tendo que conter, em tese, elementos mínimos. Caso contrário, o ato, ainda que praticado, não poderá ser reputado como juridicamente existente. A esse respeito, quando se fala em inexistência jurídica do ato, quer-se falar do ato que, embora tendo *existência material* (o ato, de fato, muitas vezes chega a ter materialização física), ostenta uma imperfeição de tal monta em sua fisiologia normativa, sendo tão disforme e distante do modelo legal que não é possível reconhecer no ato qualquer juridicidade³⁹¹. É preciso que o ato preencha um suporte jurídico mínimo, em conformidade com o modelo legal, para que seja qualificado como juridicamente existente.

³⁹¹ O paralelo é irrecusável: a doutrina da inexistência jurídica, em que não se reconhece juridicidade ao ato, não se falando em existência (jurídica), remete à idéia abominável consubstanciada em não se conceder a personalidade jurídica ao recém-nascido “sem forma humana”. Como discorre Caio Mário da Silva Pereira,

Tão básico e importante é o plano da existência jurídica, que se afirma que ele “é a base de que dependem os outros dois dados”³⁹², quais sejam, o plano da validade e o da eficácia. Ora, não se cogita da (in)validade ou (in)eficácia de um ato se este sequer chega a ingressar no mundo jurídico. Por questão de **lógica (ainda que apenas do ponto de vista teórico)**³⁹³, o que não existe, com o perdão da tautologia, simplesmente inexistente, não tendo o condão de gerar efeitos (enfim: não se cogita da validade ou eficácia do que inexistente). A existência, portanto, constitui o primeiro plano para averiguar a eficácia do ato, pois, se faltar algum elemento constitutivo, o ato não pode ser reconhecido como jurídico.

Esses elementos serão vistos quando foram analisados os vícios que levam à inexistência jurídica. Cabe destacar, nesta oportunidade, que, na inexistência jurídica, o vício seria tão grave a ponto de desfigurar, por completo, a natureza jurídica do ato. São omissões tão aberrantes que não permitem o reconhecimento jurídico do ato produzido a exemplo do caso mencionado abaixo pela doutrina

“Assim, se alguém pretender desquitar-se, invocando casamento concluído apenas perante a autoridade religiosa, segundo o Direito canônico, e ainda não devidamente registrado de conformidade com a nossa lei civil, não se pode declarar o autor carecedor da ação, por ser nulo o seu casamento, mas sim por ser *inexistente* em face da lei brasileira. Se, ao contrário, se realizar, com todas as formalidades legais, o casamento, por exemplo, de duas pessoas casadas, o ato será *nulo*, e não *inexistente*”³⁹⁴.

2.3.2. A validade do fato jurídico.

Caso não haja qualquer problema com a constituição jurídica do ato em si (plano da existência), isto é, com seus *elementos* constitutivos, passa-se à análise de sua validade.

Como bem coloca Roque Komatsu, “entre existir e produzir efeitos, se interpõe a questão de valer; é justamente o plano da validade”³⁹⁵.

“o Código espanhol (art. 30) exige no recém nascido ‘forma humana’ (...) O antigo direito português condicionava à vida a figura humana, limitando-se o Código atual ao nascimento completo e com vida. A exigência de guardar o recém-nascido forma humana é uma reminiscência romana: ‘*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosum enixa sit*’ (...) Não são filhos aqueles que, contra a forma do gênero humano, são gerados contra o normal, como se a mulher tivesse parido algo monstruoso ou prodigioso” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, p. 219-220, e nota de rodapé n. 19).

³⁹² KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 31.

³⁹³ Antecipa-se que apenas teoricamente a teoria da (in)existência jurídica ostenta uma lógica incensurável. A teoria da (in)existência jurídica foi criada mais por razões de ordem prática que, propriamente, de lógica, para fazer o papel então desempenhado pela nulidade, nos sistemas de nulidades taxativas.

³⁹⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 208. No mesmo sentido: KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 31.

³⁹⁵ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 33.

Na invalidade, o vício recai em algum *requisito* do ato, e não em algum de seus *elementos constitutivos*, como ocorre no caso da inexistência jurídica.

Costuma-se, assim, no plano teórico, diferenciar *elemento* de *requisito* do ato, sendo o primeiro relacionado à constituição jurídica do ato em si (existência jurídica) e o segundo conformador de sua validade. No plano da (in)validade, é dizer, o ato já entrou no mundo jurídico, pois ostenta os elementos mínimos para ser reconhecido como jurídico; contudo, por conta de um defeito ou da falta de preenchimento de algum requisito, o ato, embora juridicamente existente, não consegue, como regra, produzir os seus efeitos.

A invalidade, portanto, uma vez feita a análise da existência jurídica do ato, se coloca como uma segunda etapa no exame da higidez do ato jurídico.

No ponto, cabe destacar que a invalidade, em geral, acarreta a ineficácia do ato, mas pode existir ato inválido que, excepcionalmente, produza todos os efeitos jurídicos, o que, conforme será visto à frente, ocorre tanto dentro quanto fora do processo.

Contudo, a produção de efeitos pelo ato inválido, por ser uma exceção - seja no plano material, seja no plano processual - somente confirma a regra de que a invalidade, como regra geral, implica também a ineficácia do ato.

Trataremos dos requisitos quando verificarmos as hipóteses de defeitos que levam às invalidades dos atos jurídicos.

2.3.2.1 Não se discute a validade dos fatos jurídicos em sentido estrito.

No que tange à questão da validade, cabe fazer apenas uma última observação quanto aos fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, aqueles que independem da vontade humana. Nesses casos, não se questiona da validade, já que eles simplesmente ocorrem de inopino, conforme imperativos incontroláveis de força maior ou caso fortuito. Sendo assim, evidentemente, desde que previstos em lei, eles produzem todos os efeitos jurídicos esperados. Por isso, não se discute acerca da (in)eficácia ou da (in)validade desses fatos, pois basta a sua ocorrência para, via de regra, se produzirem os efeitos jurídicos previstos.

Como bem afirma a doutrina, “o nascimento, o decurso do tempo, o terremoto etc. não são qualificados de válidos ou inválidos. A validade diz respeito a comportamentos humanos, ainda que ligados à forma e ao objeto. Em relação aos fatos jurídicos, a preocupação é só se verificaram ou não, ou se aconteceram ou não. O juízo de valor ou de

desvalor refere-se apenas aos comportamentos humanos”³⁹⁶. Nessa esteira, como coloca, de forma poética, Fredie Didier Júnior: “infelizmente, não se invalida a morte”³⁹⁷.

Da memsa forma, como discorre Fabrizzio Matteucci Vicente, não se discute da validade dos atos ilícitos, já que, por lei, eles, em regra, são sempre atos inválidos³⁹⁸.

2.3.3. A eficácia em sentido estrito do fato jurídico.

O ato jurídico, para produzir efeitos, tem que existir (do ponto de vista jurídico), tem que valer (validade) e ter eficácia em sentido estrito.

A eficácia em sentido estrito se qualifica como a efetiva produção de efeitos pelo ato. Geralmente, a eficácia em sentido estrito decorre da mera existência e da validade do ato, mas nem sempre é assim, pois pode a eficácia estar condicionada a uma condição.

Então, haverá ato existente, válido, mas ineficaz (em sentido estrito).

São os casos de ineficácia em sentido estrito, ou *stricto sensu*.

Nesses casos, fala-se em ineficácia em sentido estrito do ato (*stricto sensu*), que, como regra geral, não tem qualquer relação com algum defeito. Aqui não se está no plano da inexistência (por conta da ausência de *elementos* de constituição jurídica do ato), nem no da invalidade (devido à falta do preenchimento de determinados *requisitos* que lhe conformam a validade), mas sim no da ineficácia, pela ausência de *fatores* dessa eficácia, tratando-se do que a doutrina chama de ineficácia em sentido estrito.

Deve-se tomar o cuidado para não misturar o conceito de ineficácia em sentido estrito com *ineficácia em sentido amplo*, a qual pode decorrer dos demais vícios, de inexistência e de invalidade do ato praticado. Assim, deve ficar bem delimitada a diferença entre ineficácia em sentido amplo e em sentido estrito. A ineficácia em sentido estrito geralmente decorre de uma condição aposta ao ato, mas pode também se originar de um vício, que não invalida o ato, mas lhe cassa determinados efeitos jurídicos. Assim ocorre em alguns atos da vida civil, em que a preterição da forma requerida para o ato não o invalida, mas apenas impede a produção de determinados efeitos (por exemplo, que o ato tenha eficácia *erga omnes*).

Em linhas gerais, para o ato ter eficácia, segundo a tradicional doutrina da eficácia dos atos jurídicos, o ato precisa, primeiramente, existir, valer e ter eficácia em sentido estrito. Estes planos constituiriam os degraus para se poder afirmar, *na maioria dos casos*,

³⁹⁶ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 34. No mesmo sentido: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 30.

³⁹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. “A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”. In: www.academia.edu/1771102/A_invalidacao_dos_atos_processuais_no_processo_civil_brasileiro. (p. 02).

³⁹⁸ VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *Arbitragem e nulidades*, p. 15

se o ato jurídico é produtor de efeitos. Conforme precisa lição de Manoel Augusto Vieira Neto, “não bastam a existência e a validade para a realização integral do ato jurídico; exige-se, também, a eficácia. O ato jurídico para valer precisa ter existência; para ser eficaz precisa de existir, de valer, e de receber do ordenamento jurídico, com o qual deve estar perfeitamente ajustado, a fôrça necessária para que produza os efeitos a que se destina”³⁹⁹.

Vistos os três planos, ou etapas, necessários para que o ato produza seus regulares efeitos jurídicos, *passa-se ao estudo dos problemas relacionados, em grande parte, aos vícios que, respectivamente, lhes dizem respeito*, podendo ensejar a **inexistência jurídica** do ato, a sua **invalidade** e, por fim, a sua **ineficácia** em sentido estrito.

2.3.4. Inexistência jurídica: ausência de elementos constitutivos para que o ato seja juridicamente reconhecível.

No direito romano, qualquer vício de forma dava ensejo à inexistência do ato, conforme o uso do termo em latim *nullum*, cujo sentido significa o *nada*⁴⁰⁰ (inexistente)⁴⁰¹. Desconhecia-se a distinção entre inexistência, nulidade ou mesmo anulabilidade, as quais, à época, diziam respeito a uma mesma e única realidade⁴⁰², havendo sobreposição entre os planos da existência e da validade. O ato nulo simplesmente inexistia⁴⁰³.

Assim, em um primeiro momento, ainda que de forma acrítica, confundiam-se as noções de nulidade e de inexistência.

É importante ressaltar que essa confusão (ou melhor, essa falta de distinção) entre a nulidade e a inexistência jurídica não ocorria porque houvesse, à época, qualquer conscientização técnica ou qualquer preocupação científica com o instituto da inexistência jurídica, já que “se o vocábulo inexistência era usado, só o era com o fim de expressar a

³⁹⁹ VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, s/d, p. 07.

⁴⁰⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. Tese (Titularidade) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2001, p. 14.

⁴⁰¹ Aliás, para o penalista, tal conceito não é novidade, haja vista os diversos postulados com *nullum* ou *nulla*: *Nulla poena sine crimine* (não haverá pena sem crime); *nullum crimen sine lege* (não haverá crime sem lei); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não haverá lei penal sem necessidade); *nulla necessitas sine injuria* (não haverá necessidade sem lesão); *nulla injuria sine actione* (não haverá lesão sem conduta); *nulla actio sine culpa* (não haverá conduta se culpa); *nulla culpa sine judicio* (não haverá culpa sem processo); *nullum judicio sine accusatione* (não haverá processo sem acusação); *nulla accusatio sine probatione* (não haverá acusação sem instrução); *nulla probatio sine defensione* (não haverá instrução sem defesa). Consulte-se, a respeito deles: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 74-75.

⁴⁰² CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra, 2009, p. 32. Também nesse mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 96, nota de rodapé n. 30.

⁴⁰³ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*, p. 58; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 51.

carência absoluta de efeitos do ato nulo”⁴⁰⁴. Como ensina Eduardo Lobo Botelho Gualazzi: “em época recuada, as hipóteses de atos inexistentes foram conhecidas, mas ainda não as beneficiava o rigor científico: confundiam-se inarredavelmente com as nulidades absolutas, tendência doutrinária que apresenta vestígios até a atualidade. Emaranhavam-se o mundo jurídico e mundo fenomênico, ainda sem lindes definidos, na controvertida teorização dos vícios dos atos e negócios jurídicos”⁴⁰⁵. Enfim, havia apenas um pragmatismo ao descrever o nulo como inexistente, o que era incentivado até pelo sentido específico do termo latim *nullum*. Posteriormente, com o desenvolvimento da teoria das nulidades, perdeu-se aquela concepção *mais prática* de que o ato nulo seria inexistente (um nada). Assim, foi somente mais tarde que se colocou, de fato, o questionamento quanto à inexistência jurídica, *em termos propriamente científicos*, dos atos então praticados, especialmente para aqueles casos em que o ordenamento jurídico não previa a nulidade, já que, à época (século XIX), por conta de uma forte concepção positivista, entendia-se que a lei deveria prever todas as hipóteses de nulidade. A partir de então é que surge a teorização científica do instituto da inexistência jurídica, que, em linhas gerais, decorreu, na realidade, muito mais de uma necessidade prática que teórica, de modo a preencher as lacunas da legislação da época, que, em determinadas hipóteses, não previa nulidade. Foi o que ocorreu, em um primeiro momento, com a teorização de alguns vícios no matrimônio, para os quais a legislação não previa a nulidade. Foi, primeiramente, com o Direito Canônico, como anota Carlos Alberto Dabus Maluf, que surgiu o questionamento quanto à existência jurídica do casamento celebrado, por exemplo, sem o consentimento de algum dos nubentes⁴⁰⁶.

Mais tarde, no século XIX, a mesma solução foi adotada pelo direito francês, já na vigência do Código Civil de Napoleão⁴⁰⁷, sobretudo para inviabilizar o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 154.

⁴⁰⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*. São Paulo: RT, 1980, p. 34.

⁴⁰⁶ “... a teoria da inexistência surgiu no Direito Canônico com a ausência de consentimento do matrimônio” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 199).

⁴⁰⁷ Alguns Autores reputam que “a origem da teoria do ato inexistente encontra-se na França, nos começos do século XIX, sendo adotada e desenvolvida pelos juristas daquele país, especialmente por aqueles da escola da exegese” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 154). Já Torquato da Silva Castro Júnior entende que “a doutrina do ato inexistente é criação da civilística alemã, mas teve ampla aceitação na escola da exegese francesa do século XIX” (CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatística*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 121-122. Nesse mesmo sentido é a posição de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, para quem, propriamente, “foi Karl Salomo Zachariae o primeiro autor a construir uma sistematização sobre a teoria da inexistência, em sua obra *Handbuch der französischen Zivilrechts* (três volumes), editada em Heidelberg, em 1827/1829, posteriormente traduzida para o francês” (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*, p. 34). Em que pese a controvérsia, a Tese de Titularidade citada, defendida por Carlos Alberto Dabus Maluf, indica fontes que possibilitam a conclusão que a inexistência jurídica não é mesmo uma criação francesa, apesar de sua larga aceitação nesse país.

⁴⁰⁸ CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*, p. 125. Somente bem recentemente (01.07.2013), entrou em vigor a lei francesa permitindo o casamento

A sua teorização ocorreu para atenuar o sistema rígido de nulidades desenhado pelo Código Civil napoleônica de 1804, no qual a nulidade só poderia ser reconhecida se estivesse expressamente prevista em lei (sistema taxativo de nulidades cominadas), de acordo com o princípio *pás de nullité sans texte*⁴⁰⁹.

Como bem afirma Manoel Augusto Vieira Neto, “o Código não havia sancionado expressamente com pena de nulidade a ausência de certas condições essenciais, como, por exemplo, a diferença de sexos, daí a necessidade de uma categoria especial: a dos atos inexistentes, ou seja, ‘daqueles que a lei não tem necessidade de anular’”⁴¹⁰

“Tornou-se famoso o exemplo do casamento inexistente. O celebrado entre pessoas do mesmo sexo, isso porque *casamento* (categoria jurídica formalizada pelo sistema) para *ser* casamento pede sujeitos de sexos diferentes. Se do mesmo sexo, *inexistem juridicamente* os sujeitos exigidos para que de casamento se possa falar”⁴¹¹.

A inexistência jurídica foi, então, uma solução encontrada para contornar essas hipóteses, que, à época, eram bastante controvertidas, mas para as quais a lei não previa qualquer tipo de ineficácia, sendo que, por conta do sistema instituído de taxatividade das nulidades, o ato deveria ser reputado inteiramente válido. Por isso, como bem conclui Carlos Alberto Dabus Maluf, a inexistência jurídica não se trata tanto de “uma categoria lógica, mas de uma categoria prática”⁴¹². Na prática, o que ocorreu foi, a rigor, uma *burla de etiquetas*, pois, ao se trocar o nome dos institutos incidentes ao caso (de nulidade para inexistência jurídica), conseguiram-se os mesmos efeitos do pronunciamento da nulidade.

Aos poucos, o instituto da inexistência foi firmando raízes no direito, sendo desenvolvido não só para os vícios incidentes no seio do matrimônio, mas também para outras hipóteses, albergando a generalidade dos atos da vida civil⁴¹³.

Como não poderia deixar de ser, o instituto da inexistência foi aplicado ao direito processual, conforme será abordado no próximo capítulo, tendo-se, em geral, adotados os mesmos contornos do instituto pensados para o direito civil.

No direito civil, em teoria, afirma-se haver inexistência jurídica do ato praticado quando não há os seguintes elementos, reputados essenciais para a existência jurídica do ato: (a) uma declaração de vontade, quando (b) um objeto à relação ou (c) alguma forma essencial requerida para a constituição do ato jurídico. Estes seriam *elementos intrínsecos*

homossexual. A respeito do assunto, consulte-se, especialmente: veja.abril.com.br/noticia/internacional/apos-validacao-hollande-promulgara-lei-do-casamento-gay-neste-sabado.

⁴⁰⁹ Nesse sentido: KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 154; VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 12.

⁴¹⁰ VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 12.

⁴¹¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 37.

⁴¹² MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 68.

⁴¹³ Apontando a rápida difusão da inexistência: KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 155.

necessários para a prática do ato. Embora menos abordados na doutrina, também são elencados os *elementos extrínsecos* necessários para constituição do ato (descritos como seus pressupostos), como (i) o lugar, (ii) o tempo e (iii) a presença de sujeitos de direitos.

“Dentre os elementos gerais do ato jurídico se apontam os intrínsecos (constitutivos): a forma, o objeto (e as circunstâncias negociais, na hipótese de negócio jurídico) e os extrínsecos (pressupostos): agente, lugar e tempo”⁴¹⁴.

Esses são, em síntese, os elementos gerais de constituição jurídica de qualquer ato, havendo, em determinados casos, também os elementos específicos, especialmente na matéria contratual. Para o que interessa a este estudo, cumpre tratar apenas dos elementos genéricos, aplicáveis e necessários a todo ato jurídico, para reconhecê-lo como existente do ponto de vista jurídico. Pela teoria mais tradicional, os atos juridicamente inexistentes, por vícios incidentes nesses elementos básicos, não produziram qualquer efeito jurídico, sendo até mesmo desnecessária ação ou decisão reconhecendo a inexistência jurídica do ato.

A inexistência jurídica poderia, em tese, ser verificada a todo tempo.

2.3.4.1. Dificuldades teóricas e práticas quanto ao instituto da inexistência jurídica.

O instituto jurídico da inexistência suscita contradições teóricas e práticas difíceis de serem solucionadas por meio de uma argumentação meramente lógica.

A dificuldade já começa com a própria terminologia utilizada (ato inexistente), “rappresentando una sorta di *monstrum* giuridico”, ao ver de Mário Pisani⁴¹⁵. Com efeito, não são poucos os autores que, nos mais diversos segmentos do direito, sustentam que o termo ato jurídico inexistente já implica em si uma contradição em termos⁴¹⁶. Manoel Augusto Vieira Neto fala que “não tem sentido falar-se em ato jurídico inexistente, mas sim em inexistência de ato jurídico, o que é bem diferente”⁴¹⁷.

⁴¹⁴ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 32.

⁴¹⁵ PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8.^a ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2008, p. 200.

⁴¹⁶ No processo penal, especificamente, afirma Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “não se nega que, do ponto de vista terminológico, falar em ato inexistente envolve alguma contradição. A inexistência do ato é qualificada como um *monstrum* jurídico. Ato é aquilo que é, uma potência que se transformou em ato. Um ato inexistente é um não ato. Se não existe, ato não poderia ser. Há respeitável corrente doutrinária que critica a categoria dos atos inexistentes” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese {Livro Docência} apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 577).

⁴¹⁷ VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 16. Há Autores, contudo, que não veem, a princípio, contradição no termo ato jurídico inexistente, a exemplo de Miguel Reale. O Autor afirma que “*Ato jurídico inexistente* ou *ato jurídico ilícito* são expressões que sugerem uma *contradictio in terminis*, quando nos apegamos ao mero sentido verbal dos termos ou reduzimos o Direito a uma pura matemática de conceitos, inconciliável com a sua realidade viva e concreta” (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento dos atos administrativos*, p. 48-49). Para Orlando Gomes, em uma primeira análise, “a terminologia é ambígua. Objeta-se com a impossibilidade lógica, afirmando-se que, se o ato foi praticado,

Outra dificuldade que causa a teoria da inexistência jurídica é a afirmação de que para o “reconhecimento” dos atos juridicamente inexistentes seria mesmo desnecessária uma decisão judicial para declarar a inexistência jurídica do ato, já que, a rigor, o que não existe, simplesmente, não precisa ser desconstituído. O ato inexistente, por si só, não *deveria* produzir quaisquer efeitos, sendo que, por “ser inexistente”, seria prescindível uma decisão jurisdicional a respeito. A inexistência jurídica, desse modo, poderia ser suscitada e/ou reconhecida a qualquer tempo, diferentemente do que ocorreria com algumas espécies de nulidades, que podem estar sujeitas a prazos para serem reconhecidas⁴¹⁸.

O exposto (de que seria prescindível decisão judicial reconhecendo a inexistência jurídica), conquanto seja uma lição já tradicional no direito, e tenha sua lógica do ponto de vista técnico-jurídico, tem sido muito questionado por parte da doutrina. Com efeito, embora o ato juridicamente inexistente constitua um nada do ponto de vista jurídico, o fato é que o ato inexistente tem existência material, sendo palpável, do ponto de vista concreto, vindo, muito provavelmente, a produzir efeitos. Ora, se não fosse assim, convenha-se, mas não se colocaria o problema da inexistência jurídica.

Portanto, dificilmente será prescindível apreciação judicial.

Voltaremos a tratar do assunto quando cuidarmos da inexistência jurídica na seara processual penal.

Por ora, cabe apenas deixar registrado que se mostra muito artificial a construção quanto à desnecessidade de haver ação judicial⁴¹⁹ ou mesmo decisão judicial reconhecendo a inexistência, uma abstração que também causa questionamentos e perplexidades na seara processual. O problema do instituto da inexistência é que ele é construído todo baseado em um mundo ideal demais. Suas premissas não se sustentam em um mundo real, de pessoas de carne de osso. E toda essa artificialidade é sentida e constatada, com maior intensidade, quando se quer transportar todos esses conceitos para o direito processual

existe. Mas, o que se quer exprimir com a tal locução é que, embora existente porque realizado, o ato não possui substancialidade jurídica. O que se quer dizer é, em suma, que não se formou para o Direito” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 400). Carlos Alberto Dabus Maluf, em sua Tese de Titularidade defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), nega que o termo seja contraditório, já que o que se quer transmitir é a ideia de inexistência jurídica, e não propriamente fática: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 02.

⁴¹⁸ No nosso Código Civil: Art. 178, do Código Civil: “É de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso da coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no d atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”. Art. 179, do Código Civil: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato”.

⁴¹⁹ Conforme já dizia Silvio Rodrigues: “... a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 292).

2.3.4.2. Questionamentos quanto à teorização da inexistência jurídica no direito.

Em que pese toda a sistematização exposta, mostra-se um tanto quanto discutível a teorização do instituto da inexistência, havendo uma parcela da doutrina que a rejeita por completo. Conforme afirma Orlando Gomes, “a teoria da inexistência dos atos jurídicos é construção doutrinária que se não cristalizou na dogmática jurídica, em razão da resistência que lhe opõem grandes juristas. Continua a ser objeto de polêmica”⁴²⁰.

Mesmo para os autores que não rechaçam a teorização da inexistência jurídica no direito, reconhece-se haver, na prática, muita proximidade entre a inexistência jurídica e a nulidade. Em ordenamentos jurídicos como o nosso, em que tanto na seara extraprocessual quanto na processual não se adota um sistema taxativo de nulidades, fica o questionamento até que ponto seria imprescindível ou mesmo útil a separação entre inexistência e nulidade, que mais tem levado à confusão que, propriamente, soluções.

Em alguns casos, o regime jurídico das nulidades coincide com o da inexistência jurídica, o que suscita indagações se seria importante a sua teorização⁴²¹.

A essa constatação já chegara Silvio Rodrigues, que reputava a teorização do ato inexistente “*inútil* porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta ao ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos pela lei”⁴²².

Há ainda, em alguns casos, algumas dificuldades na própria diferenciação entre o que constituiria elemento de constituição jurídica do ato e o que constitui um requisito de validade. Muitas vezes, especialmente no que diz respeito às questões ligadas à forma, essa diferenciação só poderá ser feita com base no que dispõe e prevê a lei, não havendo uma

⁴²⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 400. Para o Autor citado: “a dificuldade prática de caracterizá-lo resulta dos óbices que se antepõem a precisa discriminação dos elementos de fato que constituem os pressupostos da natureza do negócio. Chega-se a admitir que êsses pressupostos são a vontade do agente, o objeto do ato, a capacidade, a solenidade, como elementos gerais, além de outros especiais. Admitir, porém, que todos são pressupostos da existência dos negócios jurídicos, importa eliminar a categoria dos atos nulos. A capacidade do agente, a licitude do objeto, e a inevitabilidade da forma são elementos de direito exigidos pela lei para a validade dos negócios jurídicos em geral. O ato praticado por agente incapaz não é inexistente, mas, nulo, ou anulável. Igualmente nulo, o que tenha objeto ilícito, ou não observe à forma prescrita na lei” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 401). Conclui que “sòmente dois requisitos gerais podem ser considerados elementos de fato que, faltando inteiramente, não permitem sua formação. Êsses elementos são: a) a vontade; b) o objeto. (...) Não se pode conceber a sua existência se lhe falta esse pressuposto necessário a seu nascimento. Uma vontade extorquida pela violência física ou declarada por erro obstativo não é defeituosa por vício que possibilite a anulação do negócio. Há, no caso, ausência completa de consentimento, que caracteriza a inexistência. Mais clara ainda é quando falta a vontade de manifestação” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 401-402).

⁴²¹ A esse respeito, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, assentou em um de seus julgados: “o novel Código Civil, ao versar a política das nulidades, erigiu regras que revelam que a nulidade absoluta e a inexistência jurídica são denominações que revelam a mesma essência conceitual” (STJ, REsp 842.056/PR, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 03.06.2008, v.u). Igualmente: STJ, Emb. Div. no REsp 970.832/PR, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 10.02.2010, v.u.

⁴²² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. Vol. 1, p. 292.

diferenciação ínsita, ou melhor, de cunho “ontológico” entre o que constituiria elemento essencial do ato e o que constituiria um requisito para sua validade.

O casamento homossexual, o exemplo clássico de inexistência jurídica, é prova cabal de como essa teoria é uma construção puramente artificial.

Há tempos, esse casamento era visto como um absurdo⁴²³, ou uma monstruosidade jurídica (e, para muitos, não só jurídica), faltando ao ato elementos que, segundo alguns, seriam básicos e elementares. Hoje, ainda que de forma tímida, alguns sistemas jurídicos do Ocidente não têm tido dificuldade em admitir o casamento de homossexuais.

O que só demonstra ser, realmente, muito tênue a diferenciação entre elemento de existência e o requisito de validade do ato jurídico. Afinal, com exceção da possibilidade de procriação da união⁴²⁴, que ingrediente tão essencial faltaria ao casamento homossexual a ponto de os teóricos do direito o descreverem como algo *juridicamente inexistente*⁴²⁵?

“Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade ‘mais ou menos’, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que ‘A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos/ E até ter um governo mais ou menos’, assim conclui a sua lúcida mensagem: ‘O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos’”⁴²⁶.

A própria construção da teoria dos assim chamados elementos extrínsecos do ato (agente, tempo e lugar) parece um pouco sem sentido, pois é óbvio que, em toda e qualquer relação jurídica, sempre estarão presentes elementos como agente (s), tempo e lugar.

Ainda que se imagine que, por um lapso, não conste, por exemplo, a data da realização do contrato no seu respectivo instrumento, parece um pouco exagerada e radical

⁴²³ “Tal se verifica no casamento de pessoas do mesmo sexo ou no que não foi celebrado, não passando de farsa. Esses matrimônios aparentes não devem produzir qualquer efeito jurídico, mas não poderiam ser declarados nulos, pois seria absurdo admiti-los como atos jurídicos. Em verdade, não existem” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 400).

⁴²⁴ Fala-se procriação, pois é possível casais homossexuais terem filhos, pelo sistema de adoção.

⁴²⁵ Como diria Oscar Wilde, em frase durante o seu julgamento por envolvimento amoroso com um rapaz, e que se tornou célebre: a união de homossexuais seria um “*Amor que não ousa dizer seu nome*”: “O amor que não ousa dizer seu nome é o grande afeto de um homem mais velho por um jovem como aconteceu entre David e Jônatas, e aquele de que Platão fez a base de toda a sua filosofia, é aquele amor que se encontra nos sonetos de Michelangelo e de Shakespeare. É aquela profunda afeição que é tão pura quanto perfeita. Ele inspira e perpassa grandes obras de arte, como as de Shakespeare e Michelangelo (...) Neste nosso século é mal-compreendido, tão mal-compreendido que é descrito como o amor que não ousa dizer seu nome, e, por causa disso, estou aqui onde estou. Ele é belo, é refinado, é a mais nobre forma de afeto. Nele, nada há de anti-natural. É intelectual e sempre existiu entre um homem mais velho e um rapaz, quando o mais velho tem o intelecto e o mais jovem tem toda a alegria, esperança e charme da vida diante de si. Assim deveria ser, mas o mundo não compreende. O mundo zomba dele e algumas vezes põe por ele alguém no pelourinho.” (Consulte-se em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homoerotismo>).

⁴²⁶ STF, ADPF, 132/RJ, Ministro Relator Ayres Britto, Plenário, j. 05.05.2011, v.u. (p. 43, do acórdão)

a solução em se reputar juridicamente inexistente esse ato, o que poderia acarretar sérias consequências jurídicas para todos os envolvidos (e também para terceiros). Igualmente, o exemplo quanto à falta de assinatura tem sido cada vez mais contestado, ainda mais com o avanço da tecnologia, havendo diversas formas para se comprovar, por exemplo, que o agente que consta do documento (embora não assinado) deu o aval para a prática do ato.

Esses mesmos problemas também ocorrem no direito processual, o que legitima a reflexão se seria mesmo adequada a transposição deste já não pouco controvertido instituto jurídico (no próprio direito civil, seu berço) para o direito processual.

Abordaremos mais a fundo os problemas teóricos e práticos que circundam o instituto da inexistência jurídica quando abordarmos a sua análise dentro do processo, no capítulo 3. De toda forma, foi importante expor que até mesmo entre os civilistas (e mesmo em outras disciplinas) a teorização do assunto suscita infindáveis controvérsias.

2.3.5. Invalidade do ato jurídico: ausência dos requisitos para sua validade.

2.3.5.1. Visão geral do assunto.

A validade é a qualidade que o ato jurídico possui ao entrar no mundo jurídico, qualidade essa que indica que o ato jurídico está de acordo com as normas legais, isto é, está em conformidade com os ditames da lei⁴²⁷. Assim, validade é um “adjetivo, predicado com que se qualifica o negócio ou o ato jurídico praticado em conformidade com as regras jurídicas”⁴²⁸. Em consonância com a tradicional doutrina dos atos jurídicos, que separa a inexistência jurídica tanto da invalidade quanto da ineficácia em sentido estrito, o ato, para ser válido, tem, primeiramente, que existir do ponto de vista jurídico, isto é, conter todos os elementos necessários para ser reconhecido como juridicamente existente. Somente em um segundo momento se coloca o questionamento quanto à validade, devendo o ato observar determinados *requisitos*, sem os quais não pode ser considerado como válido.

O problema que atinge a validade do ato situa-se, como regra, no preenchimento desses requisitos. Sendo assim, diferentemente do que ocorre na inexistência jurídica, na qual haveria, em tese, uma deformação de algum *elemento* de constituição (em outras palavras, *falha* ou *ausência* de algum dos elementos imprescindíveis para o nascimento jurídico do ato), na invalidade haveria algum problema com o preenchimento de requisitos.

⁴²⁷ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 34.

⁴²⁸ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 34.

2.3.2.1.1. Os requisitos de validade dos atos jurídicos.

Os requisitos de validade, assim como os elementos constitutivos, podem ser divididos tanto em intrínsecos quanto em extrínsecos.

Os **requisitos intrínsecos** são aqueles que se confundem com a realização do ato em si, isto é, do ponto de vista interno.

Já os **requisitos extrínsecos**, ou **pressupostos**, são os requisitos externos ao ato (referentes ao agente, ao tempo e ao lugar de sua prática). Pressuposto também diz respeito à forma do ato. Contudo, pressuposto confere uma ideia de anterioridade, de algo que deve já estar presente antes, ou melhor, previamente, para que o ato tenha a validade preservada.

Os pressupostos conferem ao ato a aptidão para a produção de seus efeitos, como ocorre com a capacidade e a legitimação do agente. A capacidade consiste, segundo a tradicional lição de Vicente Raó, “na aptidão das pessoas para governarem, por si, sua vida jurídica, autodeterminando e manifestando ou declarando e executando sua vontade, no campo do direito. Assim entendida, é a capacidade um requisito que o agente deve ter realizado em sua pessoa quando pratica o ato jurídico, qualificando-se, em consequência, como *pressuposto* de cuja verificação a validade do mesmo ato depende”⁴²⁹.

A capacidade referida acima, cabe frisar, se refere à capacidade para o *exercício* de direitos (capacidade de fato), já que todos, indistintamente, têm capacidade de direito, sendo sujeitos de direito, na linha do que dispõe o Código Civil vigente, pois “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁴³⁰.

Outro tipo de pressuposto é a legitimação, cujo conceito é muito próximo ao da capacidade, sendo um pouco diferente, já que, ainda que inteiramente capaz o agente, pode ocorrer de o sujeito não estar legitimado para prática de determinados atos.

Por exemplo, na doutrina civilista, Hamid Charaf Bdine Júnior exemplifica com a hipótese em que o “agente capaz não está legitimado a adquirir bem de propriedade do tutelado ou curatelado que esteja sob sua guarda ou administração (art. 497, I, do CC)”⁴³¹. A legitimação, portanto, seria uma “capacidade mais específica” para determinados atos (geralmente colocada em termos negativos, pois se elencam justamente as hipóteses em que o agente plenamente capaz não estará legitimado para praticar determinados atos)⁴³².

⁴²⁹ RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 99. Capacidade e poder são conceitos próximos, embora não identificáveis, já que o poder é o conteúdo (ativo) dos direitos (RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 100), sendo a capacidade a possibilidade de exercício desse poder. A diferença, embora sutil, é importante, pois embora se possa delegar o poder (por exemplo, o poder de quitar na representação), não se pode delegar a capacidade em si, de forma que um incapaz não pode representar os atos de um capaz (RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*, p. 101).

⁴³⁰ Artigo 1.º, do Código Civil. Os casos de incapacidade de fato estão disciplinados em lei, principalmente nos artigos 3.º e 4.º, do Código Civil, prevendo o artigo 5.º os casos de cessação dessa incapacidade.

⁴³¹ BDNE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

A doutrina procura elencar **esses requisitos**, que correspondem, respectivamente, quanto ao (1) *elemento constitutivo intrínseco* declaração de vontade: que (a) **à vontade seja livre, consciente e querida (ou seja, sem os vícios de consentimento)**; (2) quanto ao *elemento constitutivo intrínseco objeto*, que ele seja (b) **lícito, possível, determinado ou determinável**; (3) quanto ao *elemento constitutivo intrínseco forma*, que ela (c) **seja livre, salvo disposição legal em contrário**; (4) quanto ao *elemento constitutivo extrínseco agente*, que (d) o agente **seja capaz e legitimado para a prática do ato**; (5) quanto ao *elemento constitutivo extrínseco tempo*, que (e) **seja observado o prazo legal**, se houver e, por fim, (6) quanto ao *elemento constitutivo extrínseco lugar*, que (e) **seja o apropriado**⁴³³.

Com base no exposto, a doutrina conceitua a nulidade (ou invalidade)⁴³⁴, como a “consequência imposta pela lei ao ato praticado em desobediência ao que prescreve, ou no qual é defeituosa a manifestação de vontade”⁴³⁵. À sua época, Clóvis Bevilacqua já discorria que a nulidade seria “uma reacção da ordem jurídica para restabelecer o equilíbrio perturbado pela violação da lei”⁴³⁶. Não acolheu o legislador, em matéria civil, o critério do prejuízo⁴³⁷, incidente em âmbito processual.

A tônica dada refere-se ao cumprimento dos requisitos previstos em lei.

2.3.5.2. Tipos de nulidades no direito civil.

Em direito civil, dependendo do vício, os atos podem ser nulos de pleno direito⁴³⁸ ou anuláveis⁴³⁹. A doutrina também nomeia esses mesmos casos como nulidade absoluta (para a nulidade de pleno direito) e nulidade relativa (anulabilidade), respectivamente.

⁴³² Para uma diferenciação entre capacidade e legitimação no direito: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 204-205.

⁴³³ Elencando todos esses requisitos: KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 34; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 161.

⁴³⁴ A doutrina civil não diferencia nulidade de invalidade.

⁴³⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 403.

⁴³⁶ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 446.

⁴³⁷ BDNE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, p. 22; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 632.

⁴³⁸ Art. 166, do Código Civil; “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar a lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Também: Artigo 167, Código Civil: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

⁴³⁹ Artigo 171, do Código Civil: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

Essa mesma dicotomia (nulidade absoluta e relativa) veio a ser aplicada na seara processual, sendo importante, portanto, estudá-la aqui mais a fundo. Uma das razões que contribuíram para tal transposição de conceitos e classificações da seara civil à processual foi o modo como as antigas legislações estabeleciam as matérias em seu estatuto. Ao lado da matéria processual (disciplinada, geralmente, de forma pouco satisfatória) havia uma previsão pormenorizada da matéria de direito civil, com minuciosas classificações entre nulidades absolutas e relativas. Sendo assim, logicamente, aproveitava-se a disciplina de uma disciplina à outra. Na nossa experiência histórica, o Regulamento 737, de 1850⁴⁴⁰ foi um exemplo disso, ao estabelecer as hipóteses de nulidades decorrentes dos contratos comerciais (arts. 682 e ss.⁴⁴¹). Esses dispositivos (que se referiam às nulidades do direito material) foram posicionados ao lado do capítulo das nulidades do processo e da sentença, o que, como bem aponta a doutrina⁴⁴², contribuiu para que a disciplina das nulidades no processo fosse influenciada pela das nulidades no direito civil. Com efeito, no capítulo dedicado ao direito privado havia diversas disposições a respeito da diferenciação entre

⁴⁴⁰ Pode ser consultado no sítio eletrônico da Presidência da República Federativa do Brasil, no endereço virtual: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm.

⁴⁴¹ Art. 682. “A nulidade dos contratos só pôde ser pronunciada: § 1.º Quando a lei expressamente a declara (arts. 129, 288, 468, 656 e 677 Código); § 2.º Quando fôr preterida alguma solemnidade substancial para a existencia do contrato e fim da lei (arts. 265,302 e 406 Código)”. Art. 683. “**As nulidades ou são de - pleno direito - ou dependentes de rescisão**”. Art. 684. “**São nulidades de pleno direito**: § 1.º Aquellas que a lei formalmente, pronuncia em razão da manifesta preterição de solemnidades, visível pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (arts. 129 §§ 1º, 2º, 3º e 5º, 677 §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 7º e 8º, 656, 827 e 828 Código); § 2.º Aquellas que, posto não expressas na lei, se subentendem por ser a solemnidade que se preteriu substancial para a existencia do contrato e fim da lei, como si o instrumento é feito por official publico incompetente; sem data e designação do lugar; sem subscrição das partes e testemunhas; não sendo lido ás partes e testemunhas antes de assignado”. Art. 685. “**Dá-se a nulidade dependente de rescisão**, quando no contrato válido em apparencia ha preterição de solemnidades intrínsecas; taes são: 1º, os contratos que, segundo o Código, são annullaveis (art. 678 e 828); 2º, os contratos em que intervem dolo, simulação, fraude, violencia, erro (arts. 129 § 4º, 220 e 677 § 3º Código)”. Art. 686. “**A distincção das nulidades de pleno direito ou dependentes de rescisão tem os seguintes effeitos**: § 1.º Os contratos em os quaes se dão as nulidades de pleno direito consideram-se nullos e não têm valor sendo produzidos para qualquer effeito juridico ou official: aquelles porém em que intervêm nulidades dependentes da acção **consideram-se annullaveis** (arts. 678 e 828 Código), e produzem todo o seu effeito emquanto não são annullados pela acção de rescisão; § 2.º **A nulidade de pleno direito pôde ser allegada independentemente da prova de prejuizo; mas a nulidade dependente de rescisão carece desta prova**; § 3.º A nulidade de pleno direito não pôde ser relevada pelo Juiz que a deve pronunciar, si ella consta do instrumento ou da prova litteral; mas a nulidade dependente da rescisão carece da apreciação do Juiz á vista das provas e circumstancias; § 4.º A nulidade de pleno direito pôde ser allegada e pronunciada por meio da acção ou defesa: mas a nulidade dependente de rescisão deve ser pronunciada por meio da acção competente. Quando a nulidade dependente de rescisão é opposta em defesa, a sentença neste caso não annulla absolutamente o contrato, mas só relativamente ao objecto de que se trata; § 5.º A nulidade de pleno direito pôde ser allegada por todos aquelles que provarem o interesse na sua declaração: mas a nulidade dependente de rescisão só pôde ser proposta por acção competente pelas partes contratantes, successores e subrogados, ou pelos credores no caso do art. 828 do Código Commercial. Todavia a nulidade dependente da rescisão pôde ser opposta em defesa sem dependencia de acção directa rescisoria: 1º, pelas partes contratantes, successores e subrogados; 2º, pelo terceiro na parte em que o prejudica, e só relativamente a elle; 3º, pelo exequente na execução, e pelos credores no concurso de preferencias para impedirem o effeito de contratos simulados, fraudulentos e celebrados em fraude da execução” (grifamos e destacamos).

⁴⁴² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 71.

nulidade absoluta e nulidade relativa (art. 687 e ss.⁴⁴³), como, por exemplo, sobre a cognoscibilidade de ofício das nulidades absolutas, bem como sobre seu caráter insanável, dispondo-se para as relativas a necessidade de provocação, sendo possível sua ratificação

Os exemplos mais comuns de nulidade absoluta dados pela doutrina civil são: (i) ato praticado por (absolutamente) incapaz; (ii) ato cujo objeto seja ilícito, imoral ou atentatório aos bons costumes (um compromisso de pagamento de pensão alimentícia a uma prostituta, com quem o sujeito manteve relações sexuais, com cláusula resolutiva de nada ser revelado à sua esposa)⁴⁴⁴; (iii) ato que desprezar forma prescrita em lei (a renúncia do direito de herança, sem a inscrição pública ou sem ser por termo nos autos)⁴⁴⁵.

Há também a simulação, como a hipótese do marido que disfarça, sob a forma de uma compra e venda, um donativo a um parente, com o escopo de desfalcocar o patrimônio conjugal⁴⁴⁶, entre outras hipóteses expressamente previstas em lei.

Já os casos de anulabilidades dizem respeito a atos praticados por relativamente incapaz, bem como aqueles praticados pelos mais variados vícios de vontade (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo), ou fraude contra credores.

A doutrina aponta algumas diferenças entre esses dois tipos de nulidade, sendo a nulidade absoluta (de pleno direito) hipótese mais grave em relação à nulidade relativa (anulabilidade). Na nulidade absoluta, haveria a violação de uma norma de ordem pública, isto é, que visa proteger o interesse coletivo, ao passo que a nulidade relativa violaria uma norma de interesse particular⁴⁴⁷. Algumas consequências decorrem dessa divisão.

⁴⁴³ Art. 687. “**As nulidades também se dividem em nulidades absoluta, e nulidades relativas, para o efeito seguinte: As nulidades absolutas** podem ser propostas ou alegadas por todos aqueles a quem interessam ou prejudicam, como se determina no artigo antecedente, mas as nulidades relativas, fundadas na preterição de solemnidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada, menores, presos, réos e outros, só podem ser alegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvos os casos expressos nas leis. A nulidade relativa, sendo de pleno direito, não será pronunciada provando-se que o contrato verteu em manifesta utilidade da pessoa a quem a mesma nulidade respeita. A nulidade relativa dependente de rescisão está sujeita às regras do art. 686 § 2.º”. Art. 688. “Só as nulidades dependentes de rescisão e as relativas podem ser ratificadas. A ratificação tem efeito retroactivo, salva a convenção das partes e o prejuízo de terceiro”. Art. 689. “**Só podem ser pronunciadas ex officio as nulidades de pleno direito e absolutas**”. (grifamos e destacamos).

⁴⁴⁴ Exemplo dado por Silvío Rodrigues, com base em julgado de um Tribunal: RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*: parte geral. Vol. 1, p. 293.

⁴⁴⁵ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*: parte geral. Vol. 1, p. 293.

⁴⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 638.

⁴⁴⁷ Essa distinção entre nulidade absoluta e anulabilidade, e ofensa à ordem pública e ao interesse particular é tradicional na doutrina: BDNE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, p. 15; BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I, p. 446; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 406; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. Vol. 1. 39.ª ed. Atualização: Ana Cistina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 310. Sem pretender opinar em matéria alheia, cabe uma breve observação quanto aos critérios eleitos pela lei civil e quanto aos ensinamentos doutrinários, que procuram separar a nulidade absoluta da nulidade relativa pela violação do interesse público/privado. No ponto, é difícil imaginar que muitas das hipóteses legais elencadas como casos de nulidades relativas (ou anulabilidades: como coação, lesão, má-fé, a fraude contra credores) também não ofendam a ordem pública, pois muitas dessas hipóteses configurariam, em tese, crimes.

A nulidade absoluta, por ser, teoricamente, mais grave se comparada à relativa, impediria que o ato produzisse todos os seus efeitos jurídicos.

Pelo menos em tese, o ato, nesses casos, não seria passível de ter qualquer eficácia jurídica (*quod nullum est nullum producit effectum*⁴⁴⁸). Sendo assim, segundo dispõe a doutrina, os atos nulos sofreriam de uma ineficácia intrínseca, não sendo por outra razão que eles são qualificados como nulos de pleno direito, não havendo, em teoria, sequer a necessidade de decisão judicial para o reconhecimento da invalidade.

O mesmo já não ocorreria nos casos de anulabilidade, que precisariam de uma decisão judicial para que houvesse a desconstituição de seus efeitos⁴⁴⁹.

Assim, em direito civil, nos atos nulos (nulidade absoluta), a princípio, sequer seria necessária uma decisão judicial para reconhecê-lo, sendo que se houver uma decisão jurisdicional a respeito, ela apenas declararia a existência da nulidade, já preexistente.

Já nos casos de anulabilidades, o ato produziria todos os seus efeitos e seria válido até que houvesse uma decisão jurisdicional, retirando-lhe a eficácia. Por isso se fala em anulabilidade, sendo que, reconhecido o vício, *anulam-se* os seus efeitos, sendo mantidos os efeitos até então produzidos (eficácia *ex nunc*).

Os atos nulos, *em princípio*, não seriam sanáveis com a ação do tempo (não estão sujeitos a prazo)(*quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest*⁴⁵⁰), podendo a nulidade ser declarada a qualquer momento⁴⁵¹. O mesmo não ocorreria com os anuláveis, os quais estão sujeitos a prazos decadenciais, sendo que, uma vez passado determinado lapso temporal, não mais poderiam ser invalidados⁴⁵². As hipóteses para a convalidação do

⁴⁴⁸ “O que é nulo não produz nenhum efeito”. Brocardo latino citado por: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 644.

⁴⁴⁹ Art. 177, do Código Civil: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”.

⁴⁵⁰ “O que é nulo não pode ganhar força com o decurso do tempo”. Brocardo latino citado por: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 634. De toda forma, o Autor entende que mesmo as nulidades absolutas prescrevem, em nome da paz social, prescrevendo em dez anos, segundo ao artigo 205, do Novo Código Civil (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 635).

⁴⁵¹ “Entretanto, nem sempre a nulidade absoluta será passível de discussão *ad eternum*: há casos em que a lei estabelece prazo para pleitear-se a declaração da nulidade. (...) o Código Civil em vigor, em seu artigo 1.859, estabelece que a validade do testamento somente poderá ser questionada no prazo de 5 (cinco) anos, contado do registro do negócio *mortis causa*” (VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades*, p. 34).

⁴⁵² Art. 178, do Código Civil: “é de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, d dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade” Art. 179, do Código Civil: “Quando a lei dispuser que determinado ato anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato.

ato são amplas em casos de anulabilidades, podendo-se cogitar, inclusive, de ratificação, o que, em regra, não se admite em casos de nulidade absoluta⁴⁵³.

2.3.5.3. Observações críticas ao modelo de nulidades instituído no direito civil.

Igualmente à teorização da inexistência jurídica, também a construção da teoria das nulidades na teoria geral do direito - da forma como foi pensada e implementada para o direito civil e, depois, aplicada para as outras disciplinas - é sujeita a muitas críticas.

A começar pela diferenciação entre nulidade de pleno direito e anulabilidade, com base no interesse tutelado (público ou privado). No ponto, os estudiosos vêm se dando conta que existe certa crise ou incerteza quanto à separação estanque que antigamente se procurava fazer entre normas do interesse público ou privado, ou entre o que constituiria o direito público e o que seria de direito privado.

Hoje, com a constitucionalização de todo o direito, sobretudo do direito civil, essa dicotomia entre normas endereçadas ao interesse público e ao privado tem se enfraquecido, atingindo a teoria das nulidades, frise-se, não só no direito civil, mas, sobretudo, no direito processual. A rigor, o que ocorre na prática é que o legislador, pautado em critérios eleitos (ainda que uns mais e outros menos criticáveis), elencou hipóteses de nulidades que ora prefere tratar de um modo, ora de outro. É óbvio que essa escolha não pode se pautar no arbítrio, tendo que ser razoavelmente explicada e justificada (a rigor: constitucionalmente). Contudo, diferentemente de outrora, modernamente se tem uma maior consciência de que não é mais possível falar, com tanta certeza, que a nulidade absoluta acarretaria ofensa à norma pública e a relativa ao interesse particular, como antigamente se fazia.

Outro ponto muitíssimo discutível é a questionável construção que afirma que, nas hipóteses de nulidades absolutas, seria desnecessária uma decisão jurisdicional, já que, em se tratando de nulidades de pleno direito, pela teoria, o ato nulo nunca produziria efeitos.

Convenha-se que, na prática, o exposto quase nunca será realizável⁴⁵⁴.

⁴⁵³ É possível, contudo, com o novo Código Civil (2002), fazer a conversão do negócio nulo, conforme dicção do artigo 170, do Código Civil. Silvio de Salvo Venosa fala que “uma escritura pública nula de compra e venda de imóvel poderia ser admitida como compromisso de compra e venda, para o qual não existe necessidade de escritura. Uma nota promissória nula, por não conter os requisitos formais, pode ser convertida em uma confissão de dívida plenamente válida” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte geral. Vol. 1. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 513). De toda forma, lembra o Autor citado que “a conversão não é modalidade de corrigenda ou sanção de irregularidade. Quando se corrige um negócio, na realidade pratica-se outro para sanar o primeiro, enquanto na conversão aproveitam-se os elementos do próprio negócio jurídico inquinado. Quando se pratica um negócio jurídico de saneamento, o que era inválido torna-se algo novo válido, enquanto na conversão é o próprio negócio que se converte em válido” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte geral. Vol. 1, p. 514). A respeito do tema no direito civil: ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

“Também não é precisa a tese de que a nulidade é imediata ou instantânea. O ato nulo subsiste, se escapa à apreciação do juiz. Seja para pronunciá-la, declará-la ou decretá-la, a intervenção judicial é imprescindível. Enquanto não se faz sentir, o ato, aparentemente normal, está produzindo efeitos. Teoricamente, pode-se dizer que a nulidade é decretada pela própria lei; o juiz mais não faz do que reconhecê-la e proclamá-la. Praticamente, porém, se esse reconhecimento não for feito, e, para tanto, é preciso que a nulidade esteja provada, o ato nulo vive, perdura, persiste. Neste sentido, nenhuma nulidade é imediata. O processo de verificação é que difere”⁴⁵⁵.

Saindo do plano meramente teórico, ou conjectural, é convir que, em regra, colocando-se o questionando quanto à nulidade de um ato jurídico, ainda que se trate de uma nulidade absoluta, será sempre necessária a intervenção do Judiciário para reconhecer a invalidade suscitada. Nesse sentido, é profundamente criticável a construção teórica de que haveria nulidades de pleno direito, para as quais seria prescindível uma decisão expressa: a rigor, “sem essa declaração, a nulidade não passa de mera expectativa”⁴⁵⁶.

Muito dessa teorização criticável foi importada para a seara do processo, sendo que, conforme será tratado, na esfera processual, é comum fazer-se a diferenciação entre nulidade absoluta e nulidade relativa com base na violação da norma de interesse público ou privado, o que tem causado alguma dificuldade aos processualistas.

2.3.6. Ineficácia em sentido estrito: ausência dos fatores de eficácia dos atos.

Neste tópico, interessa destacar só que o ato jurídico perfeito pode não produzir efeitos, mesmo sendo inteiramente perfeito e válido.

Em outras palavras, a ineficácia (efetiva) não decorre somente de algum vício, de ordem formal ou mesmo incidente na manifestação da vontade, mas pode advir de fatores externos que condicionam a eficácia do ato.

Como expõe Roque Komatsu, “muitos negócios, para a produção de seus efeitos necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra ‘fator’ como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado. Os atos que precisam de fatores de eficácia são aqueles subordinados à condição suspensiva. Enquanto não ocorre o evento, o ato válido não produz efeitos. E a condição, como cláusula, faz parte (é elemento) do ato, mas uma coisa é cláusula e outra, o

⁴⁵⁴ “... há quem sustente que a nulidade é obra da lei, e somente da lei, nunca da sentença judicial que a proclama e, portanto, paralisa o ato no momento mesmo do nascimento. A noção não pode ser aceita como absoluta, pois que, se é certo que toda nulidade há de provir da lei, expressa ou virtualmente, certo é, também, que se faz mister ela seja *declarada* pelo juiz” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 633).

⁴⁵⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 411-412.

⁴⁵⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 412.

evento a que ela faz referência: a advento do evento é, nesse caso, um fator de eficácia, ou melhor, é extrínseco ao ato e contribui para a produção de efeitos”⁴⁵⁷.

Nesse sentido, é possível vislumbrar fato jurídico que “existe, é válido e é ineficaz (v. g., o testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador)”⁴⁵⁸.

A ineficácia pode ser condicionada e acordada⁴⁵⁹ ou mesmo pode vir ditada por fatores alheios à vontade do agente, como ocorre na hipótese de uma impossibilidade superveniente do objeto da realização do ato jurídico, seja por caso fortuito, seja por força maior, o que não torna o ato inválido⁴⁶⁰, mas acarreta a sua resolução.

⁴⁵⁷ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 38.

⁴⁵⁸ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 30, 39.

⁴⁵⁹ Por meio de uma condição aposta ou encargo com cláusula suspensiva. Dita o artigo 121, do Código Civil: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

⁴⁶⁰ Somente a impossibilidade originária, intrínseca, invalida o ato, conforme dispõe o nosso Código Civil, no artigo 104, inciso II. Cabe destacar a impropriedade dessa opção, pois, a se aceitar a teoria da inexistência jurídica, a impossibilidade do objeto equivaleria, a rigor, à inexistência de objeto (objeto impossível=objeto inexistente), o que deveria acarretar a inexistência, e não a invalidade.

CAPÍTULO 3

AS NULIDADES DENTRO DO DIREITO PROCESSUAL: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

No capítulo anterior, foi esboçado um quadro geral dos contornos de uma teoria geral do direito, precisamente quanto à estrutura de uma teoria geral dos fatos e dos vícios jurídicos que, em muitos aspectos, foi, é e certamente continuará sendo aplicada em âmbito processual, sobretudo no que tange à teorização das nulidades. Inegável a proximidade e a utilidade da teoria geral do direito no que tange ao tratamento de determinados institutos no plano processual: o que pode ser verificado com o aproveitamento do conceito e das classificações do fato jurídico, o que acaba repercutindo no tratamento das invalidades processuais. É certo que nem tudo pode ser aplicado de uma seara à outra, pois a disciplina processual guarda suas peculiaridades em relação ao direito privado. Contudo, essa é a teorização, em sede de teoria geral do direito, em consonância com a doutrina tradicional, que tem moldado a fisionomia dos vícios e das nulidades em matéria processual, sendo que é a válida ao processo a afirmação de Orlando Gomes de que, até hoje, os estudiosos não construíram nada melhor para colocar em seu lugar⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Como afirma Orlando Gomes, crítica que se mantém ainda atual: “o movimento de idéias infenso à teoria clássica das nulidades é forte na crítica e fraco na construção. Com argúcia, mostra as inconsistências e as falhas do sistema tradicional, mas não oferece, em troca, uma sistematização de princípios que represente construção doutrinária de conteúdo lógico apreciável. Vale, no entanto, como obra de esclarecimento, que serve, principalmente, para corrigir os excessos a que conduz o amor à abstração manifestado pelos partidários da teoria clássica através da inflexibilidade que emprestam às categorias que admitem” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 413).

Portanto, no direito processual, embora uma transposição de critérios não seja o mais adequado, não há como afastar a aplicação dos contornos que conformam a teoria geral dos fatos jurídicos aos fatos jurídicos processuais. Igualmente feito no capítulo anterior, para tratar das nulidades (processuais) agora, será realizado, de modo prévio, o estudo do fato jurídico (processual), para adentrar ao estudo dos âmbitos de eficácia do ato jurídico processual, o que será feito de forma rápida, haja vista a exposição no capítulo anterior. Depois, serão vistos os problemas que envolvem esses planos, entre os quais se circunscreve o tema da nulidade processual penal, objeto do presente trabalho.

3.1. Dos fatos jurídicos processuais.

O fato jurídico processual, como expõe a doutrina, nada mais constitui que uma espécie de fato jurídico em sentido lato⁴⁶². Por isso – e como não poderia deixar de ser – os atos jurídicos processuais seguem, como regra, grande parte das diretrizes construídas para os atos jurídicos em geral. Em uma explicação simples, ato jurídico processual é aquele que tem aptidão para produzir algum tipo de efeito jurídico no processo. Embora simples, a conceituação exposta suscita alguns questionamentos, pois nem todos estão de acordo em relação ao que pode ser qualificado como fato jurídico processual.

3.1.1. Amplitude e alcance do conceito de fato jurídico processual.

Para falar a respeito do ato jurídico processual, é necessário, antes de qualquer coisa, precisar os seus contornos. Existe grande discussão em relação ao que poderia ser considerado e qualificado como um ato jurídico processual.

Dependendo do ponto de vista, pode-se interpretar o conceito de ato jurídico processual tanto em um sentido amplo (mais abrangente) quanto mais restritivo.

Em um sentido amplo, considera-se ato processual qualquer ato praticado no curso do processo e que, portanto, possa produzir efeitos jurídicos dentro dele.

Em um sentido restritivo, consideram-se atos processuais apenas aqueles atos jurídicos que são próprios e peculiares ao processo, tendo vida, efeitos e sendo praticados, única e exclusivamente, dentro do processo.

⁴⁶² KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 117; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 42.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 261; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 32.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 205.

Para melhor compreender o exposto, pegue-se um exemplo: pense-se na transação civil, que é um ato jurídico que tanto pode ocorrer dentro quanto fora do processo.

Restaria saber se, dependendo de uma ou outra corrente, esse ato poderia ser qualificado como um ato jurídico processual?

Para a corrente mais abrangente (conceito amplo de ato jurídico processual), se a transação civil tiver relevância para produzir efeitos no processo, ainda assim ela poderá ser qualificada como um ato jurídico processual. O que importa para esta corrente é que o ato produza efeitos no processo, pouco importando o fato de ele também poder ocorrer fora do processo. Já para a concepção restrita, entende-se a transação civil, por ser um ato jurídico que tem vida externa ao processo (a transação é instituto de direito civil e ocorre, geralmente, extraprocessualmente), não poderia ser reputada um ato jurídico genuinamente processual, ainda que o ato produza efeitos dentro dele.

É adepto da concepção restrita de ato jurídico processual o processualista José Joaquim Calmon de Passos, para quem “o ato, para ser entendido como ato processual, não somente deve ser um ato integrante do conjunto de atos que constituem o processo e com eficácia para o processo, mas também uma terceira exigência se deve somar às duas precedentes – sendo ato do processo e com efeitos no ou para o processo, ele também deve ser ato que só no processo pode ser praticado. Donde conceituar o *ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado*”⁴⁶³.

Ao que parece, seriam atos processuais apenas aqueles típicos do processo, como a resposta à acusação, uma contestação ou a realização de uma audiência, que só poderiam ocorrer o processo. Em que pese o respeito à opinião mencionada, não se entende, neste trabalho, dessa forma. Adota-se aqui uma concepção bem ampla de ato jurídico processual, considerando-se assim todo ato jurídico que tenha o condão de produzir efeitos dentro do processo. A concepção restrita não é abraçada, porque hoje, dificilmente, um ato jurídico praticado dentro do processo não poderá também sê-lo fora, ainda mais com a vigente ordem constitucional, que prevê uma série de atos que - antes, apesar de exclusivamente processuais - passaram hoje a ser largamente utilizados também fora do processo, como ocorre nos órgãos da Administração Pública ou perante particulares.

Em outras palavras, os atos que antes eram exclusivos do processo passaram a ter aplicação e vida também fora dele. A esse respeito, têm-se, como exemplos, o direito de

⁴⁶³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44. Em outra passagem, enfatiza: “atos processuais, por conseguinte, são os atos jurídicos praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 53).

petição⁴⁶⁴, o direito de resposta ao agravo⁴⁶⁵, o próprio exercício do direito de defesa, que, já há bastante tempo, não é exclusivo do processo jurisdicional⁴⁶⁶.

Por isso, hoje, caso se adotasse uma concepção restrita de ato jurídico processual, haja vista o cenário atual – mormente com o constitucionalismo, em que muitos atos então “*genuinamente processuais*” passaram a ter aplicação fora dele (não sendo hoje apenas atos do processo) – haveria o completo esvaziamento da noção de atos que, pela concepção restrita, poderiam ser qualificados como atos jurídicos processuais.

Ainda que a corrente restrita argumente que o ato jurídico processual, para ser qualificado como tal, só pode ter vida dentro do processo, é importante destacar que todo e qualquer ato jurídico, ainda que, por essa corrente, seja considerado não *genuinamente processual*, sempre produzirá efeitos peculiares e exclusivos ao processo.

Por exemplo, em âmbito civil, pegue-se o exemplo da transação: ela acarreta uma sentença de mérito⁴⁶⁷, com aptidão para gerar coisa julgada material.

No processo penal, a própria morte do acusado, apesar de ser um fato jurídico extraprocessual (não sendo um fato jurídico processual, pela corrente restrita), implica uma *sentença extintiva da punibilidade, que é própria e exclusiva do processo*⁴⁶⁸.

Não há razão, portanto, para recusar-lhes a condição de ato jurídico processual, uma vez que, no processo, esses fatos jurídicos produzem efeitos que são todos peculiares e exclusivos ao processo (efeitos processuais), propriamente processuais, sendo legítima a denominação de atos jurídicos processuais. Sendo assim, neste trabalho, adotar-se-á a vertente ampla no que concerne à definição e qualificação dos fatos jurídicos processuais, sendo assim entendidos todos os fatos jurídicos que produzam ou possam produzir efeitos no processo, pouco importando se estes mesmos fatos podem ocorrer também fora dele.

3.1.2. Classificação dos fatos jurídicos processuais (em sentido amplo).

Assim como ocorre fora do processo, também dentro dele é possível classificar os fatos jurídicos processuais (ou melhor, fatos processuais em sentido amplo) em: (a) fatos processuais em sentido estrito e (b) atos processuais.

⁴⁶⁴ Artigo 5.º, inciso XXXIV, *a*, da Constituição da República.

⁴⁶⁵ Artigo 5.º, inciso V, da Constituição da República.

⁴⁶⁶ Artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República.

⁴⁶⁷ Artigo 269, III, do Código de Processo Civil.

⁴⁶⁸ Artigo 107, inciso I, do Código Penal c.c. artigo 61, do Código de Processo Penal. Segundo nos parece, se não houver processo penal, ou qualquer procedimento persecutório em curso quando a pessoa vier a morrer, não haverá o efeito de extinção da punibilidade, já que é um efeito apenas do processo (isto é, se houver um processo em andamento).

Com efeito, pode-se vislumbrar no processo tanto a presença de fatos jurídicos involuntários (ou fato jurídico processual em sentido estrito) quanto a existência de fatos jurídicos processuais voluntários (também denominados como atos jurídicos processuais).

3.1.2.1. Fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

No processo, em regra, é mais comum a presença de fatos voluntários, suscetíveis de criar, modificar ou extinguir direitos. Contudo, ao contrário do que se possa pensar, não é difícil verificar a existência de diversos fatos jurídicos involuntários, que independem da vontade humana, produzindo efeitos jurídicos no curso do processo, como, por exemplo, um caso fortuito, ou decorrente da força maior, que inviabilize a prática de determinado ato. Entre tantos exemplos, podem ser lembrados os fatos consistentes na morte da parte⁴⁶⁹, na morte do seu procurador⁴⁷⁰; na destruição (acidental) de um documento⁴⁷¹, na destruição acidental dos autos do processo, na perda da capacidade da parte⁴⁷².

Na verdade, muito ao contrário do que se possa imaginar, o processo está envolto em muitos fatos jurídicos em sentido estrito, sobretudo se se pensar no decurso do tempo, o qual pode dar ensejo à preclusão, à decadência, ao trânsito em julgado, etc.

Obviamente, cabe aqui fazer uma ressalva de que, para quem adota a concepção restrita do conceito de fato jurídico processual (sendo reputados única e exclusivamente aqueles fatos ínsitos ao processo), os fatos acima mencionados não seriam genuinamente processuais, já que exteriores ao processo⁴⁷³, não havendo (para essa corrente) que se falar em fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

Não é o caso deste trabalho, como já mencionado.

⁴⁶⁹ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 117. Para José Joaquim Calmon de Passos, a maioria desses exemplos, entre eles a morte da parte, seriam atos jurídicos impropriamente processuais, já que disciplinados pelo direito material (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 47).

⁴⁷⁰ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 117.

⁴⁷¹ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 117.

⁴⁷² LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 8.^a ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1973, p. 244.

⁴⁷³ Cabe lembrar que José Joaquim Calmon de Passos, por adotar a corrente restrita do conceito de ato jurídico processual, entende que “no processo, somente atos são possíveis. Ele é uma *atividade* e atividade de sujeitos que a lei prequalifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são *exteriores* ao processo, e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 65).

3.1.2.1.1. Fatos jurídicos processuais em sentido estrito: breves considerações quanto aos encontros fortuitos no processo penal.

No processo penal, o tratamento e a teorização quanto aos fatos jurídicos em sentido estrito (decorrentes do caso fortuito e/ou da força maior) podem ter uma profícua aplicação prática: sobretudo naquelas hipóteses em que, durante a realização de um meio de investigação de prova (interceptação telefônica, busca e apreensão), se obtém outra prova, seja com relação a uma terceira pessoa, seja em relação a outro crime.

Trata-se do que a doutrina denomina por encontros fortuitos, ou casuais.

Uma parte da doutrina questiona a validade desses encontros.

No ponto, não há razão para tamanha elucubração, seja do ponto de vista técnico, seja da própria justiça em si.

Como já dito no capítulo anterior, *o fato jurídico em sentido estrito*, especialmente o pautado em um acontecimento imprevisível, isto é, um evento fortuito, apenas **existe ou não: ou seja, não se discute de sua (in) validade e/ou (in) eficácia jurídica**.

Seria chocante que - ante a descoberta fortuita da encomenda de um assassinato (devido à traição amorosa), durante uma interceptação telefônica autorizada judicialmente para apurar um tráfico de drogas - a autoridade nada pudesse fazer para evitar o crime.

Ainda que a maioria das pessoas concorde que a autoridade *deva* fazer algo para evitar o evento morte, uma boa parte dos doutrinadores se questiona se a prova poderia ser utilizada para persecução penal deste crime. Pergunta-se: por que não se poderia fazer uso dessa prova para processar e punir o crime?⁴⁷⁴ Afinal, situações análogas ocorrem todos os dias, sem a culpa dos agentes estatais, como a situação consubstanciada na diligência da autoridade que, ao cumprir uma ordem judicial de busca e apreensão, encontra drogas ilícitas, armas (uso restrito) ou, eventualmente, fotos de crianças com alguma conotação sexual, o que pode servir para investigar um crime.

⁴⁷⁴ Alguns, apesar de não concordarem que se poderia conferir validade a todo e qualquer tipo de encontro fortuito de prova, pretendem dar uma solução intermediária para determinados casos, afirmando que, em vez de valorar o elemento encontrado como prova, ele deveria ser valorado como um indício. Nesse sentido: “em sendo a interceptação decorrente de ordem judicial e, através dela, for descoberto, por exemplo, um homicídio (fora da cadeia de fatos e autores investigados), não parece que esta prova, de pronto, possa ser inquinada como ilícita. Nesse caso, é evidente que o autor desse homicídio não poderá ser processado com base nessa prova. Será ela, tão-somente, conformador de um indício (*fumus boni iuris*) para, por exemplo, fundamentar um (novo) pedido de interceptação que diga respeito a esse fato” (STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: constituição, cidadania, violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125/126). No ponto, não há como concordar com a solução conferida pelo Autor, pois, ou se confere eficácia jurídica à prova, ou não se confere (*ou tudo ou nada*), não sendo possível se creditar “*meia eficácia*” para se transfigurar uma prova em um “indício”, com perda desnecessária de tempo e de recursos para todos.

Em todos esses casos, tratando-se de evento fortuito (o encontro da prova), não há que se cogitar de sua (in)validade jurídica⁴⁷⁵ ou do cumprimento de *quaisquer requisitos de validade*, como a conexão/continência com o crime originariamente investigado, que parte da jurisprudência entende necessária para aproveitamento do ato, em alguns casos⁴⁷⁶.

Na doutrina, contudo, vem prevalecendo o entendimento de que, para a validade da descoberta, é ao menos necessária a conexão/continência entre os supostos crimes (entre o originariamente investigado e o fortuitamente descoberto), sendo que, em regra, todos eles - em se tratando de um meio de investigação que restrinja a sua incidência a hipóteses pontuais - devem estar catalogados no rol de crimes previstos para o meio investigativo⁴⁷⁷.

Em coerência com a teoria geral do direito e com a teoria dos fatos jurídicos, não haveria que se fazer essa restrição quanto à validade/eficácia dos encontros fortuitos, como já entende uma parte da doutrina⁴⁷⁸. Afinal, pela teoria geral, não se questiona da validade

⁴⁷⁵ No ponto, segue a decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu desnecessária a demonstração de conexão ou continência para a validade do encontro: "... Havendo encontro fortuito de notícia da prática de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto. Precedentes..." (STJ, APN 536/BA, Ministra Relatora Eliana Calmon, Corte Especial, j. 15.03.2013, v.u). No Supremo Tribunal Federal, já se entendeu válida a prova, mesmo em se tratando de encontro fortuito de prova referente a crime não constante do rol previsto para as interceptações telefônicas (punido com detenção): "... O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido" (STF, Ag.Rg. no AI 626.214/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.ª T., j. 21.09.2010, v.u).

⁴⁷⁶ Nesse sentido, é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado" (STJ, HC 69.552/PR, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 06.02.2007, v.u).

⁴⁷⁷ Na doutrina: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 2010, p. 230-231; GOMES, Luiz Flávio. "Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos". *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 5, n.51, fev/1997, p. 06; GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33-37; SANTORO, Antonio & SANTOS, Rodolfo. "A validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas". *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 210, maio/2010, p. 16; STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*, p. 124. No ponto, embora a doutrina pondere que esses critérios sejam necessários para que não haja abuso ou devassa, entende-se que no encontro fortuito de prova jamais é possível falar em devassa. Uma coisa é a medida ser deferida, genericamente, para autorizar a investigação de todo e qualquer crime; outra é, no meio de uma investigação regular e válida, a autoridade encontrar, fortuitamente, elementos que apontem para a prática de outros delitos ou por outros autores. A autoridade não pode fingir que nada está acontecendo.

⁴⁷⁸ Thiago André Pierobom de Ávila entende que "não há arbitrariedade os conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas, sejam eles relativos a crimes não conexos, terceiros interlocutores ou referidos, sendo admissível sua utilização como prova em relação aos outros fatos, contra terceiros não mencionados na

do fortuito. Assim, tendo ocorrido um fato jurídico em sentido estrito, em bom rigor, ele é, automática e inteiramente, válido e eficaz.

Não há como fechar os olhos e/ou tapar os ouvidos para o crime premeditado (a ser executado) ou já praticado. Tais fatos devem ser investigados e punidos, não existindo qualquer empecilho jurídico razoável para elidir a persecução nesses casos.

Não se pense, contudo, que nunca seja possível questionar a validade do encontro fortuito. Deverá ser perquirido se, anteriormente, o meio então empregado foi válido, legítimo (sobretudo em termos de regularidade no modo de execução pela autoridade) e eficaz. Deverá ser verificado se a autoridade não agiu com abuso ou mesmo má-fé⁴⁷⁹. Por exemplo, deverá ser analisado se ela não pediu uma interceptação telefônica para apurar fato inexistente, só para fazer uma devassa nas ligações do sujeito ou mesmo se, durante uma busca e apreensão, o agente não se aproveitou da oportunidade para vasculhar, sem qualquer necessidade, toda a casa do sujeito⁴⁸⁰. Deverá também ser avaliado se não foram “plantadas” as provas, pois, nesses casos, evidentemente, não terá havido encontro fortuito, mas sim um encontro forjado, tratando-se de um crime cometido pela autoridade.

A invalidade originária do meio de investigação contaminará a validade de todos os demais elementos encontrados (o que se aplica também ao elemento fortuito obtido, que acaba sendo invalidada por derivação). Portanto, os encontros fortuitos têm validade e eficácia ínsitas à sua qualificação jurídica como fatos jurídicos processuais em sentido estrito. Só poderão ser considerados inválidos, caso sejam afetados pela invalidade de um ato anterior.

3.1.2.2. Atos jurídicos processuais.

Entre os *fatos jurídicos processuais voluntários*, melhor dizendo, *atos jurídicos processuais em sentido amplo*, podem-se vislumbrar, dentro do processo, tanto a presença de atos jurídicos processuais em sentido estrito quanto a existência de negócios jurídicos processuais. O seu estudo será feito logo adiante.

autorização judicial inicial...” (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 227)

⁴⁷⁹ “Obviamente, se comprovada a má-fé policial, não deve ser admissível a prova por desvio de finalidade, tal como reconhecido no precedente estadunidense *Franks v. Delaware* (1978)” (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p.221-222). Na verdade, acrescenta-se: não terá sido um fortuito o encontro.

⁴⁸⁰ “Se há uma busca abusiva em locais não discriminados na autorização, ou se a busca prossegue mesmo após a apreensão do objeto para o qual havia autorização, sem que haja qualquer legitimação de intervenção indiciária para essa outra busca, a situação configura a ilicitude de prova. Nesse caso, há uma prova ilícita por derivação (a apreensão do objeto deriva de um abuso na busca domiciliar), devendo a questão ser eventualmente reanalisada às provas ilícitas por derivação (especialmente a descoberta inevitável)” (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p.221-228).

3.1.2.2.1. Atos jurídicos processuais em sentido estrito.

Como afirma José Joaquim Calmon de Passos, “os atos praticados no processo, em sua quase totalidade, são *atos jurídicos em sentido estrito*, para os quais se exige ‘a vontade do ato’ sem que se deva cogitar da ‘vontade do resultado’, por motivo de ser o resultado predeterminado pela norma (o direito objetivo) retirando do agente, no particular, qualquer poder de determinação”⁴⁸¹. Não há muito o quê mencionar nessa seara. A maioria dos atos jurídico-processuais refere-se a atos jurídicos em sentido estrito.

3.1.2.2.2. Negócios jurídicos processuais.

No que tange à existência de negócios jurídicos processuais, trata-se de tema bem controvertido, tanto no processo civil quanto no processo penal. A doutrina contesta a existência de negócios jurídicos no processo, restringindo a configuração do ato jurídico processual apenas à “espécie do ato jurídico em sentido estrito”⁴⁸². De acordo com esse entendimento, “a vontade atua simplesmente como fator desencadeador do ato, não interferindo em seus efeitos. São irrelevantes os escopos subjetivos, pois a causa do ato identifica-se com os escopos objetivos do legislador”⁴⁸³.

Com respeito às opiniões contrárias, apesar de se reconhecer, neste estudo, que os negócios jurídicos são menos frequentes no processo⁴⁸⁴ -, entende-se plenamente possível aceitar a categoria dos negócios jurídicos processuais, nos quais a vontade do agente é levada em consideração e se mostra imprescindível para a produção de certos efeitos jurídicos, sob risco de ser pronunciada alguma invalidade no processo.

Isso é relevante ao presente estudo, pois, ao se aceitar a existência de negócios jurídicos processuais, os vícios de vontade ganham maior relevo no processo.

No direito processual penal, não há como negar, a própria lei incentiva a prática de determinados atos, mediante o consentimento do sujeito, estatuinto, para persuadi-lo, diversas espécies de “sanções premiais”. Assim ocorre na hipótese de redução da pena para

⁴⁸¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 69.

⁴⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 414.

⁴⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 414.

⁴⁸⁴ Roque Komatsu, embora vislumbrando a existência de negócios jurídicos processuais, entende que, “diante dos raros casos, apontados como de negócios jurídicos processuais, infecunda a distinção doutrinária entre as declarações de vontade e os negócios jurídicos” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 141).

aquele que voluntariamente confessa o delito, bem como para o companheiro que resolve delatar os demais colegas, ajudando na elucidação das investigações (Lei 12.850/2013).

Aliás, outra hipótese paradigmática é a da Lei 9.099/95, dos juizados especiais criminais, em que o sujeito, por exemplo, ao concordar com a proposta de transação penal (art. 76), aceita a aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade, sendo que, em contrapartida, vê o fim antecipado do processo⁴⁸⁵, sem ter que admitir culpa.

Está-se, portanto, diante de autêntica hipótese de negócio jurídico processual⁴⁸⁶, como reconhece, expressamente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴⁸⁷. É difícil negar que o sujeito não vise, com o seu ato, à produção de determinados efeitos jurídicos disciplinados em lei (é um querer não só da ação, mas também e, sobretudo, do resultado), tanto que a lei os prevê, a fim de incentivar o sujeito a anuir na sua prática. Nesses casos, a *mens legis* pressupõe que, de uma forma ou de outra, para o sujeito, o resultado decorrente da prática daquele ato é importante, devendo ser consciente e almejado.

No processo penal brasileiro, podem ser catalogados como negócios jurídicos processuais: (i) a representação do ofendido, ou de seu representante legal, nas ações penais públicas condicionadas; (ii) a requisição do Ministro da Justiça, em determinados crimes; (iii) a transação, nos crimes de menor potencial ofensivo; (iv) a suspensão condicional do processo, nos crimes de médio potencial ofensivo; (v) a delação premiada (ou, como preferem alguns, colaboração premiada⁴⁸⁸); (vi) a confissão⁴⁸⁹; (vii) a renúncia

⁴⁸⁵ Fala-se em fim do processo, pois com a proposta da transação penal, já há dedução de ação penal e, consequentemente, também de processo, o qual é encerrado mediante a aceitação do acordo. Nesse sentido, já se defendeu, em setembro de 2007, em sede de Tese de Lâurea apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), posteriormente, publicada, em parte, em forma de artigo: PASCHOAL, Jorge Coutinho. “Transação penal: abusividade de sua proposta se inexistente justa causa para a ação penal”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 8, vol. 15, jul-dez./2011, p. 328. Também Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem assim, ao estatuírem que “mesmo nos casos de transação penal, possibilitada pela Constituição de 1988 e detalhada pelas leis dos Juizados Especiais, a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante o processo. O mesmo se diga com a possibilidade de perdão, nos crimes de ação penal privada” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11.ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 63). No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “Manifesto contra os juizados especiais criminais”. In: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (orgs.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11-12; GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 330; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 350; KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004, p. 88; NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

⁴⁸⁶ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 37.

⁴⁸⁷ TJSP, Apel. 0046636- 85.2010.8.26.0224, Desembargador Relator Figueiredo Gonçalves, 1.ª Câ. Crim., j. 22.04.2013, v.u. Discorrendo a respeito da suspensão condicional do processo, hipótese que configura negócio jurídico processual: TJSP, Apel. 303.560.3/5-00, Desembargador Relator Testa Marchi, 5.ª Câ. Extr. Crim., j. 05.05.2004.

⁴⁸⁸ Conforme consta da Lei n. 12.850/2013 (artigo 3.º, inciso I, bem como artigo 4.º). Aliás, no artigo 4.º, § 7.º, dispõe a referida lei que o juiz deverá analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, sendo que este último requisito atesta o grau de importância dos vícios de manifestação de vontade (do

ao direito de representar⁴⁹⁰, a renúncia ao direito de ação (privada) ou renúncia ao direito de recorrer; (viii) o perdão e a sua aceitação, nas ações penais privadas.

Na doutrina, afirma Giuseppe Chiovenda que, realmente, um “dos mais discutidos é o conceito de negócio jurídico processual, pois verificam-se atos das partes que uns consideram como negócios jurídicos processuais, outros como provas ou alegações (juramento, confissão). Atos processuais, no entanto, ocorrem, a que indubitavelmente se pode reconhecer o caráter de negócios jurídicos, visto que o efeito, que produzem, se relaciona imediatamente, por lei, com a vontade das partes. Tais, em geral, as declarações de vontade unilaterais, admitidas pela lei no processo com o fim de constituir, modificar, extinguir direitos processuais (renúncias, aceitação de sentença...). Matéria essa a que não se deu, até hoje, suficiente elaboração”⁴⁹¹. Também Giovanni Leone admite a presença de negócios jurídicos processuais na doutrina italiana⁴⁹².

Poder-se-ia discorrer que esses atos não seriam negócios jurídicos, cuja teorização seria discutível bem dentro do processo, já que os efeitos almejados decorreriam da lei⁴⁹³, e não da vontade em si. Assim, não poderiam ser negócios jurídicos, já que não teriam, por si só (pela autonomia da vontade), força para acarretar a produção dos efeitos queridos pelos seus agentes.

Esse, aliás, é um dos argumentos utilizados para sustentar que tanto a transação penal quanto a delação premiada não constituiriam genuínos acordos processuais, já que, nesses casos, seria necessário o preenchimento de determinados requisitos legais para que

delator) na persecução penal, podendo o juiz recusar a homologação do termo de colaboração se houver problema com algum desses requisitos

⁴⁸⁹ A confissão, evidentemente, isolada, não autoriza a condenação de qualquer pessoa. Contudo, sendo caso de condenação, uma vez tendo confessado o delito, é direito do sujeito ter sua pena atenuada, até mesmo para abaixar a pena aquém do mínimo legal.

⁴⁹⁰ Na sistemática do Código de Processo Penal, não há dispositivo expresso quanto à renúncia do direito de representação, só havendo no caso de renúncia ao direito de queixa (ação penal privada – art. 49 e 50, CPP). De toda forma, se, na ação penal privada, é possível a renúncia ao direito de ação, por que não haveria como renunciar ao direito de representação? Na sistemática dos Juizados Especiais Criminal, há previsão expressa da possibilidade de renúncia da representação (consulte-se o artigo 74, *caput*, da Lei 9.099/1995).

⁴⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 20.

⁴⁹² “Negozi processuali sola la richiesta di procedimento, l’autorizzazione a procedere la querela, la renuncia al diritto di querela, l’istanza, la dichiarazione d’impugnazione e relativa rinunza, la citazione e l’intervento Del responsabile civile e Del civilmente obbligato per l’ammenda, la richiesta di abbreviazione dei termini processuali (art. 182)” (LEONE, Giovanni. *Manuale di Diritto Processuale Penale*, p. 244.

⁴⁹³ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco entendem: “não há *negócios jurídicos processuais*, porque os efeitos dos atos do processo não são determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam (...) o sujeito limita-se a escolher entre praticar ou não o ato, não lhe deixando a lei margem de liberdade para a escolha dos efeitos deste” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22.^a ed. São Paulo: RT, 2006, p. 356). Igualmente, nesse sentido: VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 198.

tais atos pudessem produzir os seus regulares efeitos, argumento que, evidentemente, também valeria para impugnar a existência de negócios jurídicos processuais.

Não se concorda com esse entendimento, já que, a vigorar o exposto, a rigor, com o devido respeito, nenhum ato poderia ser mais qualificado como negócio jurídico, seja dentro ou fora do processo, já que, evidentemente, todos os atos jurídicos, para a produção de determinados efeitos jurídicos, sempre dependem do atendimento de alguns requisitos.

Com efeito, em todo o direito, para a prática de qualquer ato jurídico, sempre há a necessidade do preenchimento de determinados requisitos.

Ora, pergunta-se: existe algum ato, no mundo jurídico, cujos efeitos não sejam disciplinados pela lei ou, ao menos, não decorram dela, mediante o cumprimento de determinadas “condições”? A resposta é negativa. Mesmo na seara contratual, sabe-se que a autonomia da vontade das partes não tem o poder para produzir efeitos. Por isso, José Joaquim Calmon de Passos bem afirma que também nos negócios jurídicos “não se deve concluir que a vontade seja a criadora dos efeitos jurídicos, nem considerar despicienda a indagação de se é a vontade ou a lei que produz aqueles efeitos, como pretendem Ruggiero e Petrocelli, entre outros. Em nenhum sentido e por nenhum modo a vontade privada pode criar efeitos jurídicos; ela apenas se manifesta visando a certos fins, a serviço dos quais o direito, quando julga oportuno, concede a sua força tutelar (Fadda e Bensa). A vontade, sem a lei, não tem capacidade de produzir efeitos jurídicos”⁴⁹⁴.

Mesmo em âmbito civil, na matéria contratual, exemplo máximo da autonomia da vontade, o fato é que se o negócio jurídico não encontrar respaldo e conformidade com sistema legal instituído⁴⁹⁵, o contrato não gerará os seus efeitos esperados.

Sobretudo hoje, com o desenvolvimento da doutrina da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da propriedade, da difusão da teoria da imprevisão, é notório que os efeitos produzidos com o negócio jurídico não decorrem tão-somente da vontade das partes; afinal, ninguém é senhor do direito para ditar todos os seus efeitos jurídicos.

Portanto, o argumento de que, no processo, a autonomia da vontade não poderia se impor não serve para inviabilizar o reconhecimento de negócios jurídicos processuais, já que a autonomia de vontades não é nem nunca foi um valor absoluto (seja dentro, seja **fora do processo**). O argumento (inexistência de força vinculante da autonomia de vontade no

⁴⁹⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 54. Cabe frisar que o Autor, apenas excepcionalmente admite a presença de negócios jurídicos processuais, ressaltando ser acometido por muitas dúvidas ao vislumbrá-los em nosso ordenamento jurídico, sendo que, por conta da literalidade do art. 158, do Código de Processo Civil, acaba sendo tentado a admiti-los entre nós (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 69).

⁴⁹⁵ Isso mesmo nos contratos atípicos, não sendo livres as partes para acordarem o que quiserem. A esse respeito, o artigo 425, do Código Civil, dispõe: “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

processo) não impede a teorização de negócios jurídicos processuais, já que a autonomia de vontade, dentro ou fora do processo, por si só, não tem essa força vinculante.

Também o fato de, no curso do processo, haver um juiz fiscalizando a legalidade do ato, para verificar se o negócio jurídico processual, tal qual realizado, permite a produção dos efeitos almejados, não desnatura o reconhecimento do ato como autêntico negócio jurídico; observando-se que essa mesma fiscalização também pode ocorrer fora do processo, para os demais negócios jurídicos. A diferença é só que essa análise, para os negócios jurídicos extraprocessuais, ocorre a *posteriori*, quando deduzido o processo para discutir a validade e o preenchimento dos requisitos necessários para a eficácia do negócio jurídico. Portanto, entende-se admissível a figura dos negócios jurídicos processuais.

Pode parecer exagerada essa defesa dos negócios jurídicos processuais, mas isso tem um efeito prático relevantíssimo. Em uma confissão obtida mediante ardis, engodo, em vez de se remeter o caso à apreciação do magistrado, para cotejo dos elementos indiciários, pode-se, simplesmente, solicitar a invalidação do ato, o que tem um efeito mais efetivo.

Na hipótese de haver uma representação, com oferecimento e recebimento da denúncia, pode-se solicitar a invalidade do procedimento, caso a representação tenha sido obtida mediante fraude ou engano da suposta vítima.

Na jurisprudência, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já reconheceram a existência de negócios jurídicos processuais⁴⁹⁶.

Essa conclusão tem relevância para o presente estudo, pois, nesses casos, o vício de vontade pode ser levado em consideração para aferir a invalidade do ato praticado. A esse respeito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a retratação, como ato jurídico, precisa manifestar-se sem vício. Sem nenhum efeito, entretanto, porque nula, resultante de vício na manifestação de vontade. No caso *sub judice*, evidenciada ameaça à mãe da vítima para formulá-la” (STJ – RHC – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 04.09.1995 – RBCCRIM. 13/357 – RSTJ 78/382)⁴⁹⁷. Da mesma forma, já pontuou o STJ que, uma vez havendo vício na manifestação de vontade de quem anuiu na proposta de suspensão condicional do processo, desde que devidamente provado, é possível considerar, em tese, o ato como inválido, dando ensejo ao prosseguimento do processo⁴⁹⁸.

Mesmo os que não reconhecem expressamente a existência de negócios jurídico-processuais, ou mesmo não se manifestam sobre o tema, não há como negar que, no curso

⁴⁹⁶ No Supremo Tribunal Federal, admitindo expressamente os negócios jurídicos processuais: STF, RE 100547/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, 2.ª T., j. 20.09.1983, v.u.). No Superior Tribunal de Justiça: STJ, REsp 617.722/MG, Relator Ministro Luiz Fux, 1.ª T., j. 19.08.2004, v.u.

⁴⁹⁷ FELTRIN, Sebastião. “Ação penal pública condicionada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 508.

⁴⁹⁸ STJ, RHC 7.444/SP, Relator Ministro Anselmo Santiago, 6.ª T., j. 19.05.1998, v.u.

do processo, pode haver vícios relevantes na manifestação de vontade. Nesse sentido é a opinião de Fabrizzio Matteucci Vicente⁴⁹⁹. Egas Dirceu Moniz de Aragão lembra, no processo civil, da situação em que há dolo na dedução do processo, havendo, por parte do ordenamento jurídico, censura: “a repressão ao dolo processual tem seu ponto alto na regra inserta no art. 129, que permite ao juiz decretar a nulidade absoluta de todo o processo, se se convencer de que as partes procuram, por seu intermédio, ‘praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei’, o que importa em sua extinção sem julgamento de mérito (art. 267, XI)”⁵⁰⁰. No processo penal, afirma Roberto Delmanto Júnior:

“... o Poder Judiciário não pode deixar de levar em consideração a alegação feita pela parte em sentido processual de que teria havido *vício de vontade* nessas condutas, sob o pretexto de que haveria presunção legal de que todos os sujeitos processuais se conduzem livremente. Se há presunção, esta, sem dúvida, não poderia ser *juris et de jure*, mas, sim, *juris tantum* (...) como referido, ainda, aqueles que militam no foro sabem, perfeitamente, que a formal adequação da conduta processual às fórmulas processuais penais não é, infelizmente, garantia absoluta do mais austero respeito à liberdade das partes”⁵⁰¹ (...) “Buscando compreender os motivos da resistência à admissão e expressa disciplina acerca de eventuais vícios de vontade na conduta processual, não nos convencemos do argumento de que isto seria incompatível com a estabilidade e certeza necessariamente ínsitas aos atos decisórios. Com efeito, parece-nos evidente que só se poderá falar em ‘segurança jurídica’, uma vez garantida, de forma efetiva, a liberdade dos sujeitos processuais, por meio de sua mais ampla análise. Negar a apreciação da ocorrência de vício de vontade na conduta processual, quando levantada pela parte processual, encerraria, na verdade, nada mais que uma ‘pseudo-segurança jurídica’”⁵⁰² (...) “Ademais, no que concerne ao comportamento processual penal omissivo, proveniente, na esteira do anteriormente exposto, de *coação física ou moral*, podemos ainda lembrar o art. 798, § 4.º, última parte, do CPP, ao estipular que ‘não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária’. Ora, se o próprio Código de Processo Penal dá relevância ao ‘obstáculo judicial’ criado pela parte contrária – embora não defina o que venha ele a ser -, parece-nos evidente que o referido ‘obstáculo’, entendido como *impedimento* imposto à parte contrária, será muito mais relevante quando fruto da violência física (*vis absoluta*) ou moral, consubstanciada em ameaça (*vis compulsiva*), as quais, pela sua seriedade, efetivamente viciam a vontade daquele que queria agir, mas se quedou inativo”⁵⁰³.

3.2. Análise isolada e conjunta do(s) ato(s) jurídico(s) processual(is).

⁴⁹⁹ VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 205-207.

⁵⁰⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 270.

⁵⁰¹ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004, p. 269-270.

⁵⁰² DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 271.

⁵⁰³ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 276. De toda forma, cabe destacar que o Autor trata grande parte desses vícios como hipóteses de inexistência jurídica. Consulte-se: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 282, 288.

Vistos, em linhas gerais, os tipos de fatos jurídicos no processo, sua conceituação e abrangência, passa-se ao estudo do ato jurídico processual, com vistas à delimitação dos âmbitos de eficácia jurídica dos atos jurídicos processuais (existência, validade e eficácia em sentido estrito). Se esse estudo, em âmbito extraprocessual, já se mostrou difícil, ele se torna ainda mais complexo dentro do processo. Dada toda essa complexidade, a divisão da exposição do assunto, no processo, deverá ser um pouco diferente da anteriormente realizada em âmbito da teoria geral. Inicialmente, para um melhor entendimento da matéria objeto deste trabalho, deverá ser feito um estudo isolado do ato jurídico processual (**estudo estático do ato jurídico processual**), de modo a explicar os elementos e requisitos (do ato em si considerado), o que contribuirá para a análise do que pode ser tratado como elemento constitutivo (para sua existência jurídica) e requisito (para sua validade).

Contudo, para entender as nulidades no processo, sobretudo no processo penal, só essa análise individual do ato não bastará.

Isso porque, diferentemente dos demais atos jurídicos, que vivem e sobrevivem isoladamente, os atos jurídicos processuais só ganham sentido se analisados em conjunto, dentro do processo, seguindo um procedimento, uma marcha, com vista ao objetivo final.

Os atos jurídicos processuais estão ligados, isso tanto por critérios lógicos quanto cronológicos. Dada essa conexão, o ato processual é afetado pela invalidade de outro ato (nulidade derivada), ainda que não ostente qualquer vício. Portanto, a análise das nulidades processuais só ganha mesmo sentido se analisados os atos processuais em conjunto.

Uma análise conjunta desses atos se faz necessária, para apreender, de fato, a significação que ostenta a matéria das nulidades processuais.

Portanto, em um segundo momento, proceder-se-á a uma análise conjunta dos diversos atos do processo (**estudo dinâmico do conjunto de atos jurídicos processuais**), já que, conforme será examinado, muitas das invalidades acabam afetando não só um ato, mas diversos deles, chegando, em alguns casos, a comprometer todo o processo.

Aliás, ao se pronunciar alguma nulidade dentro do processo, no que tange ao critério do prejuízo, o qual é objeto de indagação dessa pesquisa, subentende-se que houve um prejuízo não só para aquele ato específico isolado, mas sim para toda a relação jurídico-processual. Em certo sentido, a análise das nulidades, em matéria de processo, não constitui uma análise só do ato isoladamente considerado, mas implica uma análise global, isto é, não só circunscrita ao ato em si, mas em relação a todo o processo.

Também quanto à inexistência jurídica, o estudo dinâmico dos atos jurídicos processuais será importante, pois nem toda inexistência do ato processual (seja física, seja jurídica) acarretará a inexistência jurídica do processo ou mesmo impedirá a formação da

coisa julgada. Cabe destacar que, no processo, a relevância da inexistência jurídica reside, justamente, no impedimento da formação da coisa julgada.

Daí a importância de um estudo dinâmico dos atos jurídicos processuais.

A análise dinâmica também servirá para demonstrar que nem sempre todo vício ou invalidade seguirá, propriamente, o regime das nulidades, o que será exposto mais à frente, quando for tratado acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação. Em prol de uma melhor sistematização da matéria, deverá ser analisado quando haverá, ou não, nulidade, e quando haverá outros tipos de respostas jurídicas diversas (por exemplo, outros tipos de invalidades, cujo regime não segue, inteiramente, o das nulidades processuais)

Há conceitos preliminares que devem ser enfrentados desde já, antes de tudo, até para um melhor entendimento dos tipos de vícios que dão ensejo à nulidade e quais estão sujeitos a outro tratamento jurídico.

Não obstante a divisão do assunto torne a exposição da matéria um pouco repetitiva, pois, de fato, ao longo de todo esse trabalho, são feitas observações pontuais quanto às nulidades, essa se mostra a melhor forma de explicar um assunto tão delicado em direito processual. Seria difícil entender a matéria sem antes tratar de algumas questões preliminares ao assunto nulidades, como a respeito dos pressupostos processuais e das condições da ação, que acarretam nulidades, mas também outras respostas jurídicas diversas. A análise disso será importante até para, mais adiante, melhor se delimitar qual ato está, ou não, sujeito ao regime das nulidades processuais. Uma tentativa de melhor sistematização é importante, já que, não é incomum haver confusão entre inexistência e nulidade e mesmo entre nulidades e outras espécies de invalidades jurídicas.

3.2.1. Estudo estático do ato jurídico processual.

Por ora, será focado o estudo do ato jurídico processual visto isoladamente, com o objetivo de indicar quais são seus elementos e quais são os seus requisitos, de modo a contribuir para uma melhor demarcação entre os âmbitos da eficácia jurídica dos atos processuais (existência, validade e eficácia em sentido estrito).

Uma vez já analisadas, no segundo capítulo, as questões envolvendo os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos, no direito material civil, verifica-se que muitos daqueles conceitos foram empregados ao processo sem maior análise crítica.

Não há necessidade de abrir itens específicos para tratar dos planos de eficácia dos atos processuais, já que sua lógica segue, em geral, a dos atos na teoria geral.

É mantida, assim, no processo, a divisão clássica entre os planos da existência e da validade e, quantos aos vícios processuais, os que levam à inexistência e à invalidade.

Enfim, do exposto acima, é possível notar que todos os conceitos provenientes da teoria geral do direito foram aproveitados na seara processual.

Não será feita aqui uma exposição demorada quanto aos elementos e requisitos dos atos jurídicos processuais, e planos de eficácia jurídica, pois essa análise já foi feita quando do estudo do ato jurídico em sentido lato, sendo que todos aqueles conceitos de cunho teórico foram aproveitados e aplicados ao processo.

O que interessa destacar é que, conforme já se pode perceber, há, também, no processo, uma grande confusão entre o que constituiria elemento de existência do ato e o que poderia ser entendido como seu requisito de validade.

Se essa divisão entre elemento e requisito já não era muito clara fora do processo, dentro dele só piora.

3.2.1.1. Tentativa de delimitação entre os “elementos constitutivos” para a existência jurídica do ato processual e seus “requisitos” de validade.

Para tratar das nulidades no processo penal, será importante discorrer antes acerca dos vícios que incidem sobre o ato jurídico processual, os quais, dependendo do caso, poderão levar à inexistência jurídica do ato, ou à sua invalidade.

Pois bem, do mesmo modo como se dá com os atos jurídicos extraprocessuais, os vícios nos elementos de constituição do ato acarretam a inexistência jurídica enquanto os que recaem nos requisitos podem implicar alguma invalidade.

Para o ato existir, como já dito, ele precisa da presença de elementos intrínsecos, como (1) uma manifestação expressa de vontade, (2) objeto e, obviamente, (3) algum tipo de materialização em meio a uma forma, pois, sem ela, haverá, obviamente, inexistência física do próprio ato. A doutrina também aponta a necessidade de elementos extrínsecos, sendo necessária a presença de um (i) agente, (ii) tempo e (iii) lugar.

Nem sempre a divisão acima é apresentada dessa forma, em âmbito processual.

Segundo afirma Alberto Luis Maurino, tem-se, em todo ato processual, a presença de três *elementos fundamentais*: (1) sujeito⁵⁰⁴; (2) objeto e (3) a atividade que o envolve. No último caso, este elemento pode ser decomposto também em três, como (3a) lugar, (3b) tempo e (3c) forma. Conforme anota o Autor, ora a forma é interpretada em sentido amplo,

⁵⁰⁴ Qualquer sujeito que participa do processo pratica um ato jurídico processual. Assim, praticam atos processuais não só os *sujeitos da relação processual* (partes e juiz), mas também os *sujeitos do processo* (os demais participantes, os auxiliares da justiça), conforme afirma e denomina José Joaquim Calmon de Passos (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 65). O conceito, então, de sujeito no processo é amplo, não se restringindo aos sujeitos principais. Na doutrina italiana: LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 245.

isto é, abrangendo os três elementos, ora em sentido estrito, diferenciando-se a forma (entendida em uma conotação mais restrita) das condições de tempo e lugar⁵⁰⁵.

Com relação a todos esses elementos constitutivos, o mais delicado diz respeito à forma (considerando-se a concepção mais restritiva de forma, excetuadas as condições de tempo e de lugar), já que todos os demais elementos (referentes ao sujeito, à declaração de vontade, objeto e condições de tempo/lugar) suscitam questionamentos quanto à validade.

Com efeito, é difícil imaginar um ato processual que não tenha sido praticado por alguém (um sujeito). Ora, se não há um sujeito, não há ato (fisicamente falando).

O que pode haver é um problema quanto à autenticidade do ato em si, que alguns interpretam como hipótese de inexistência jurídica, catalogada como ausência de elemento extrínseco (agente). Pense-se na hipótese em que o sujeito se esquece de assinar a peça processual. É bem questionável o entendimento de que, no caso, se trataria de hipótese de inexistência jurídica, já que, evidentemente, o ato foi realizado por alguém (presume-se, pela pessoa cujo nome consta do ato, apesar da falta de assinatura). O ato não surgiu do nada. Há, por certo, o elemento extrínseco do ato consubstanciado na presença de um agente. Incumbe apenas saber se esse agente é mesmo capaz e legitimado para a prática do ato, o que é um problema de validade, e não de existência jurídica. Tratar-se-ia de um problema relacionado à validade do ato, e não, propriamente, à sua existência jurídica. Aliás, em nosso ordenamento jurídico, em determinadas hipóteses e, uma vez respeitadas certas condições, admite-se até mesmo ato jurídico sem menção ao nome do agente, como nos casos das denúncias anônimas, as quais, embora não possam acarretar a instauração de uma investigação formal (por exemplo, de um inquérito), podem sim autorizar diligências preliminares, desde que não sejam invasivas da intimidade.

Isso, de certa forma, comprova que o simples fato de não haver a menção ao nome do agente (como no exemplo da denúncia apócrifa) ou o mero esquecimento em se apor a assinatura não implica a inexistência jurídica do ato.

Igualmente, é difícil pensar em uma situação processual em que não tenha havido qualquer manifestação de vontade (seja mediante petição ou declaração oral), circunscrita, obviamente, **em um determinado espaço de tempo e de lugar**. Ainda com relação a esses elementos extrínsecos do ato jurídico processual, consubstanciados nas modalidades de tempo e de lugar, é difícil imaginar uma situação em que haja mesmo a

⁵⁰⁵ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 3.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 02. No mesmo sentido: KOMATSU, Roque. *Da invalidez no processo civil*, p. 219. Para aqueles que adotam uma concepção estrita, é correto ouvir falar em forma em sentido estrito (formalidades intrínsecas ao ato – forma *stricto sensu*), aliada às condições de tempo e lugar. Aqui, entende-se que a forma deve ser entendida em sentido amplo, albergando também as condições de tempo e lugar para a prática do ato. Quando se falar em forma neste trabalho (sentido amplo) ela abará todas as formalidades, referindo-se ao (1) como, ao (2) onde e ao (3) quando. Caso se queira deixar expresso, será feita a ressalva de que se aborda a forma em seu sentido mais restritivo (excetuadas as condições de tempo e de lugar).

falta desses elementos. Poder-se-ia pensar no protocolo de uma petição na qual não conste *a data nem o local em que ela foi redigida* (por exemplo, São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro). Contudo, a certificação do protocolo, na Justiça, por si só, atesta a data e o local da prática do ato. Assim, pouco importa, para fins de existência jurídica, a menção ao local da realização do ato na petição. Igualmente, é exagerado afirmar que, só pela falta da data na petição, haveria inexistência jurídica.

O mesmo se poderia falar da sentença do juiz.

Em regra, o que vale é a data em que a sentença é publicada em cartório⁵⁰⁶.

Pouco importa a data que consta da sentença.

Também poderia ser aventada a hipótese de o ato não ter sido realizado no lugar adequado (de preferência, na sede do juízo ou, nos casos permitidos na lei, eventualmente fora dela). Nesse caso, cabe ponderar que o lugar (ainda que seja dos mais impróprios) existiu à prática do ato, não sendo ideal resolver o problema pela inexistência jurídica, mas sim, se for o caso, pela invalidade, se for o caso.

Em outras palavras, é muitíssimo difícil haver a falta de algum dos elementos (ou pressupostos⁵⁰⁷) constitutivos do ato jurídico processual, já que todo ato jurídico processual pressupõe (1) uma declaração (escrita ou oral)⁵⁰⁸ de vontade, manifestação essa emitida por (2) alguma criatura humana⁵⁰⁹, (3) um objeto⁵¹⁰, sendo tudo feito, obviamente, em determinadas condições (5) de tempo⁵¹¹ e (6) de lugar⁵¹².

Como regra, o que poderá haver, em todos esses casos, é a ocorrência de alguma invalidade pela ausência de algum dos *requisitos* do ato: (i) manifestação *consciente e livre* (pois manifestação sempre haverá), (ii) sujeito *capaz e legitimado* para o ato (pois sujeito sempre haverá), (iii) a realização do ato dentro de *condições adequadas de lugar e tempo* (a rigor, todo ato pressupõe a prática dentro desses elementos: tempo e lugar).

⁵⁰⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 370.

⁵⁰⁷ Parte da doutrina processual, em vez de se referir a *elemento* de existência, prefere falar em *pressuposto* de existência, trocando o elemento pelo termo pressuposto. Nesse sentido, Roberto Delmanto Júnior fala que: “não há confundir, portanto, os pressupostos de uma conduta processual penal, que condiciona, que condicionam a sua existência, com os seus requisitos de validade, tratado pelo sistema de nulidades” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 282).

⁵⁰⁸ Declaração de vontade: elemento intrínseco de constituição do ato jurídico.

⁵⁰⁹ Agente: elemento extrínseco (ou pressuposto) de constituição do ato jurídico.

⁵¹⁰ Objeto: elemento intrínseco para constituição do ato. Poder-se-ia pensar em uma *suposta* falta de objeto (inexistência jurídica) consubstanciada na hipótese de a defesa, em memorial final defensivo, transcrever uma receita de um bolo de cenoura ou um pudim. No ponto, o vício não é de objeto, mas de conteúdo, pois o objeto de qualquer ato jurídico processual é sempre implícito à prática do ato processual em si. No exemplo citado, a defesa foi oferecida para o exercício da ampla defesa (aí está o seu objeto); agora, se a defesa foi efetiva, ou não, é outra questão, que deve ser analisada pelo exame de seu conteúdo (requisito). Não se trata, assim, de um problema de inexistência jurídica, mas que deve ser resolvido à luz da teoria da invalidade.

⁵¹¹ Tempo: elemento extrínseco do ato.

⁵¹² Lugar: elemento extrínseco do ato.

Portanto, no processo, em vez de se falar em inexistência jurídica em todos esses casos, é **preferível** – levando-se em conta a teorização tradicional que procura separar *elemento de requisito* - **falar em invalidade**.

Na verdade, uma maior dificuldade reside no preenchimento da forma processual, sendo que algumas falhas no preenchimento da forma ora são interpretadas como hipóteses de inexistência jurídica, ora são interpretadas como hipóteses de invalidades.

A doutrina processual tenta diferenciar as hipóteses, dando conceituações muito parecidas com as conferidas pela doutrina civilística. A análise é toda feita com base nos tipos de gravidade dos *vícios*⁵¹³, o que, em teoria, é correto, pois é por meio da análise do vício que se chega à conclusão se o ato foi, ou não, completamente desnaturado, levando à sua inexistência jurídica. Na esteira dessa conceituação, os atos processuais juridicamente inexistentes seriam os praticados de uma forma tão equivocada, tão distante do modelo legal, que sequer seria possível vislumbrar neles os mínimos contornos de um ato jurídico.

Os atos juridicamente inexistentes seriam verdadeiras “aberrações jurídicas”⁵¹⁴.

Como afirma Antonio do Passo Cabral, os “atos inexistentes são atos que, ainda que representem um dado da realidade empírica, não chegam a ingressar no mundo jurídico, pois não possuem elementos mínimos que os qualifiquem no tipo legal previsto para aquela espécie de atos processuais”⁵¹⁵. Em outras palavras, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “verifica-se o suposto fático, que, todavia, permanece estranho ao mundo jurídico”⁵¹⁶. Apesar dessas explicações, que procuram, no plano teórico, diferenciar os atos

⁵¹³ Crítica a conceituação de que, na inexistência, haveria um vício muito grave, José Joaquim Calmon de Passos, o qual entende que “ato viciado é ato processual defeituoso, isto é, ato no qual um ou alguns dos pressupostos ou requisitos do tipo inexistem ou existem desviados da normalidade legal. Esse desvio ou ausência, entretanto, não é de molde a desnaturar o ato, descaracterizá-lo, desenquadrá-lo do tipo a que pertence. A citação defeituosa é citação. A sentença defeituosa é sentença. Conserva o seu *ser*, conserva o tipo (ato processual). Ato inexistente, ao contrário, é um não ato, pelo que não pode ser tido como viciado. Ele não pertence à categoria a que pertenceria o ato que se devia ou queria realizar, nem é nela enquadrável. É um não-ato processual, e não um ato processual defeituoso. Em verdade, todo o problema da inexistência reside nesse *não-ser*, que a caracteriza fundamentalmente” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 101-102).

⁵¹⁴ Termo utilizado por: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 581.

⁵¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 29.

⁵¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 459. Na doutrina estrangeira, Mario Chiavario expressa que “l’atto concretamente ‘inesistente’ è infatti individuato come quello affetto da **carenza** tanto **contraddittorie** con la stessa possibilità di rinvenirvi le **linee essenziali** del **paradigma** cui dovrebbe ricondursi, da configurarne come normalmente inimmaginabile la realizzazione e pertanto da rendere addirittura superflua una espressa sanzione legislativa, potendo essere considerato, rispetto a tale fattispecie, quale pura apparenza” (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 3.^a ed. Torino: UTET Giuridica, 2007, p. 277). Mario Pisani arremata que “giuridicamente inesistente è l’atto che, a parte una qualche sua materialità, non presenta neppure i requisiti minimi ed essenziali che ne consentano un’identificazione accettabile sul piano dei ‘principi naturali’ del processo, e

processuais juridicamente inexistentes dos atos inválidos, o fato é que existe uma enorme confusão na prática. O que é ato inexistente para um autor é um ato inválido para o outro.

Há até quem, mesmo no plano teórico, consciente ou inconscientemente, se embaralhe no uso dos conceitos (de inexistência e validade, falando em inexistência como uma invalidade em si), o que, cabe ressaltar, é algo absolutamente normal e compreensível em uma matéria tão intrincada como essa⁵¹⁷.

Muito dessa confusão se deve à origem do próprio instituto da inexistência jurídica, o qual decorreu de uma necessidade de ordem prática para contornar os problemas com a teorização das nulidades. Assim se deu em âmbito extraprocessual, a exemplo do que ocorreu no Código Civil de Napoleão⁵¹⁸, o mesmo ocorrendo em âmbito processual para outros tipos de vícios cuja invalidade não se encontrava cominada.

No processo penal, o instituto da inexistência jurídica foi instituído, por razões práticas, para atenuar os sistemas em que foram abolidas as hipóteses de vícios insanáveis.

Assim se deu no sistema de nulidades instituído pelo Código de Processo Penal italiano de 1930⁵¹⁹, o Código Rocco, de orientação fascista, no qual, segundo expõe o seu maior idealizador, Vincenzo Manzini: “la distinzione tra nullità *absolute* e *relative* ha ormai

come tale neanche può dare spazio – come avverrebbe se si trattasse di atto nullo, ad itinerari di invalidazione o, in quanto possibile, di sanatoria” (PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8.ª ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2008 p. 200).

⁵¹⁷ Carlos Creus, na Argentina, afirma que o ato inexistente seria um ato inválido em si mesmo (CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales: nulidad. inadmisibilidad. inexistencia*. 2.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 14), o que não é o mais tecnicamente acertado, pois, por questão de lógica, não se cogita da validade do que sequer existe (ainda que juridicamente). Na Itália, Paolo Tonini descreve que o ato inexistente “si tratta di una causa di invalidità” (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 9.ª ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 198). Cabe anotar, contudo, que, para Miguel Reale, “não é, pois, tão absurdo, como parece, declarar que os atos *inexistentes* são juridicamente inválidos: a eles nos referimos, não como ‘de dentro da casa, se possa falar do que se passa ou se passou na rua’, mas sim como a algo que esbarra à nossa porta com absurda pretensão de entrar... Não houvesse referibilidade ao Direito, por serem aduzidos alguns dentre os pressuposto capazes de suscitar consequências jurídicas, o chamado ‘ato inexistente’ não mereceria um minuto sequer a atenção do jurista enquanto tal. O que é preciso, é não confundir o ato *juridicamente* inexistente com qualquer ato extrajurídico, ou totalmente estranho ao Direito, como é o caso das infinitas formas de agir do homem, que não só não possuem qualificação jurídica, como também são *tangentes* à experiência jurídica, destituídas de qualquer juridicidade intencional, tomado o termo ‘intencional’ em sua acepção lógica, e não psicológica” (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento dos atos administrativos*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 50-51)

⁵¹⁸ Roberto Delmanto Júnior também aponta que a inexistência jurídica surgiu por razões de ordem prática, para contornar a ausência de previsão de nulidade no matrimônio: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 282-283.

⁵¹⁹ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 113. Como afirma Giovanni Leone, “mentre secondo il codice de 1930 tutte le nullità erano sanabili (e, tuttavia, dottrina e giurisprudenza erano, sia pure faticosamente, riuscite ad individuare alcuni casi di nullità assoluta e molti casi di inesistenza), la riforma del 1955 ha ripristinato le nullità *absolute*” (LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 285).

un'importanza meramente storica per noi, giacchè essa non trova più rispondenza nel nostro diritto processuale penale (a differenza del codice del 1913)''⁵²⁰.

Para contornar a situação, muitas das hipóteses de nulidades que, antes, no Código italiano de 1913, eram consideradas absolutas passaram a ser interpretadas como exemplos de inexistência jurídica⁵²¹. Enfim, criaram-se hipóteses de atos juridicamente inexistentes que, antes, eram nulidades. Obviamente que o exposto haveria de causar imprecisões entre os teóricos do direito, já o que antes era nulidade passou, de uma hora para outra, como em um passe de mágica, por razões práticas, a ser descrito como inexistência jurídica.

A mesma confusão pode ser constatada no Brasil, dado que houve um intercâmbio do modelo de teoria dos vícios processuais desenvolvido para o direito italiano ao nosso ordenamento jurídico. Ora, sendo assim, fica fácil compreender porque toda a confusão própria dos italianos acabou atingindo os brasileiros no que tange à problemática e à diferenciação dos atos jurídicos inexistentes e dos atos inválidos.

Afinal, houve então uma proliferação de atos processuais reputados juridicamente inexistentes para fazer o papel das antigas nulidades absolutas, instituindo-se um rol absolutamente questionável, do ponto de vista teórico.

Para vislumbrar o exposto, basta verificar que, entre os muitos exemplos dados de inexistência jurídica, podem ser citados: (1) demanda sem assinatura⁵²²; (2) oferecimento de acusação sem representação⁵²³; (3) denúncia oferecida por alguém sem atribuição

⁵²⁰ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Vol. 3. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932, p. 86.

⁵²¹ Discorrendo a respeito: PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 134-135.

⁵²² FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 33; MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 28. Por seu turno, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que “a denúncia ou queixa não assinada também pode significar inexistência. Não, contudo, se facilmente identificável quem a elaborou; assim, se o promotor, apesar de não ter subscrito a peça acusatória, lançou cota nos autos, assinando-a e nela fazendo constar que está oferecendo denúncia, não há razão plausível para, em excessivo apego ao formalismo, anular o processo. Diferente seria se o promotor, além de não assinar a denúncia, também não subscrevesse a cota ou sequer exarasse qualquer manifestação nos autos” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 90). Nesse mesmo sentido entende Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 133, nota de rodapé n. 112), citando um precedente do Superior Tribunal de Justiça, ementado nos seguintes termos: “... A assinatura integra os elementos essenciais da denúncia. A falta implica inexistência do ato. A interpretação jurídica não pode, porém, restringir-se ao aspecto formal. O vício só se proclama em sendo impossível manter-se o ato jurídico. Ausência de elemento essencial não se confunde com irregularidade, omissão formal. Em sendo assim, evidenciado que a denúncia foi apresentada pelo Promotor que deixou de lançar sua assinatura, por esquecimento, evidenciado por elementos constantes dos autos, válida é a imputação. A interpretação teleológica supera falhas literais, notadamente quando se lembra que o processo é instrumento. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal chama a atenção para o trabalho do juiz não ser voltado para espiolhar nulidades.” (STJ, HC 1.497/BA, 6.ª T., Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, j. 24.11.92).

⁵²³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2009, p. 416.

constitucional⁵²⁴; (4) hipóteses de processos penais existentes em face de quem não tem capacidade penal⁵²⁵ ou (5) a que falte legitimidade *ad causam*⁵²⁶; (6) citação realizada na pessoa de um homônimo⁵²⁷ ou (7) em relação a um defunto⁵²⁸; (8) atos processuais realizados por quem não tem procuração (a exemplo do que dispõe o art. 37, parágrafo único, do CPC)⁵²⁹; (09) laudo não assinado pelo perito⁵³⁰; (10) qualquer ato processual não assinado por seu autor⁵³¹ ou (11) “ato falsamente assinado em nome de outrem”⁵³²; (12) as hipóteses de processos que tramitam perante Justiça constitucionalmente incompetente⁵³³ ou (13) julgamento por tribunal de exceção⁵³⁴, (14) “*il negozio processuale in cui la volontà sai stata fisicamente coartata*”⁵³⁵; (15) as provas ilícitas⁵³⁶; (16) atos sem conteúdo⁵³⁷; (17) decisões com conteúdo meramente *protocolar, formulário ou padrão*⁵³⁸;

⁵²⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 282.

⁵²⁵ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 144.

⁵²⁶ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 297.

⁵²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 288; NASSIF, Aramis. *Considerações sobre nulidades no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 20.

⁵²⁸ “Dúvida não há de que a citação é inexistente, pois não há destinatário, na medida em que a personalidade termina com a morte. Como quem deixou de existir não pode ser sujeito passivo da citação, não está presente um dos elementos essenciais do ato” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 480).

⁵²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 29.

⁵³⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 103; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3.^a ed. Barueri: Manole, 2005, p. 51.

⁵³¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 103; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 368.

⁵³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 42.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 262.

⁵³³ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 282; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 23, 42.

⁵³⁴ Hipótese de criação de um órgão com atribuições jurisdicionais, mas que está fora do Poder Judiciário, sendo ventilada por: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 595.

⁵³⁵ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 282. No mesmo sentido é o entendimento de: DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*, p. 18.

⁵³⁶ “É que as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição, e agora pela lei, *inadmissíveis*, não são tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas*” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 136). No mesmo sentido: ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 87; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 2010, p. 109; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 291; GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *A tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 105.

⁵³⁷ Segundo defende José Joaquim Calmon de Passos, “a parte que contestasse a causa transcrevendo apenas em sua petição um soneto de Bilac não teria contestado. O ato seria *inexistente*. Seu conteúdo careceria de reconhecibilidade processual” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 114).

(18) audiência presidida por promotor de justiça ou advogado⁵³⁹ (19) sentença sem dispositivo⁵⁴⁰ ou não subscrita⁵⁴¹; (20) sentenças tão contraditórias a ponto de torná-las incompreensíveis ou mesmo ilegíveis⁵⁴²; (21) sentença que condena o réu à prestação impossível⁵⁴³; (22) “la sentenza emanata contro un imputato morto”⁵⁴⁴; (23) sentença contra quem não foi parte⁵⁴⁵; (24) sentença ou ato jurídico que não foram assinados pelo

⁵³⁸ “Infelizmente, a famigerada práxis está eivada de mandados de prisão amparados em decisões formulárias e sem a menor fundamentação. Proliferam decisões do estilo: ‘Homologo o flagrante, eis que formalmente perfeito. Decreto a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou conveniência da instrução criminal)’. Decisões (se é que assim podem ser chamadas) desse nível se repetem com uma frequência espantosa (ou apavorante). A nosso juízo, sequer deve-se falar em ‘falta de fundamentação’, senão em ‘inexistência de decisão’, pois isso é um ato inexistente, não possuindo o suporte fático e legal mínimo para ingressar no mundo jurídico. O que foi feito, mas tem defeito, existe e deve ser refeito, mas o que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito, deve ser feito!” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: {fundamentos da instrumentalidade garantista}*. 3.ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 198-199).

⁵³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 753.

⁵⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000, p. 147; *Processo penal*, p. 370; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 102; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22.ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 368; FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6.ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 1013; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 791; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 288; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 160; PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. São Paulo: RT, 1987, p. 186; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 224.

⁵⁴¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 102; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 160; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 224; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró afirma que “a sentença que não for assinada pelo juiz é um ato juridicamente inexistente. Todavia, mesmo que não contenha a assinatura do juiz, se for possível identificar perfeitamente quem foi seu prolator, não haverá nulidade por falta de prejuízo (CPP, art. 566), por exemplo, se a sentença for escrita de próprio punho, sendo a letra do juiz conhecida de todos; ou se o juiz assinar a manifestação nos autos que antecede a sentença e rubricar todas as suas folhas, somente não a assinando ao final” (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*, p. 370).

⁵⁴² “Também pode atingir a existência jurídica da sentença a absoluta ausência de possibilidade de sua compreensão. Nesse sentido equipara-se à inexistência a sentença que contiver contradições de tal monta que tornam impossível a compreensão mínima do significado do dispositivo. Equivale a essa situação a sentença ilegível, cujo conteúdo for impossível de ser extraído, notadamente a parte relativa ao dispositivo” (VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 247).

⁵⁴³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 102; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 368.

⁵⁴⁴ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, 1963, p. 144. No mesmo sentido são os ensinamentos de: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 102; PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 200.

⁵⁴⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 102; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p.160; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 226.

juiz⁵⁴⁶ ou (25) que foram proferidos justamente por quem não é juiz (sem jurisdição)⁵⁴⁷ ou por (26) por magistrado impedido⁵⁴⁸, aposentado⁵⁴⁹ ou transferido de comarca⁵⁵⁰; (27) “la sentenza penale emanata da un giudice civile o amministrativo”⁵⁵¹ (28) “ovvero un’ autorità amministrativa”⁵⁵²; (29) “della sentenza emessa da un giudice penale che si trovi in stato di

⁵⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 497; NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 330; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 51.

⁵⁴⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II, p. 275; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*, p. 145, 147; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 214 e 495; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 87, 102; CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 3.^a ed. Torino: UTET Giuridica, 2007, p. 277; CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades*, p. 115; CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 13; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 78; GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 337; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 288; KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2005, p. 71; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 160; LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 297; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 179; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 412; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 51; PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 142; PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 200; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.^o vol, 2004, p. 65; STOCO, Rui. “Introdução ao estudo das nulidades”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 4. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1257; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008, p. 66; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 262; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 224.

⁵⁴⁸ BREDÁ, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, v. 32, jul.-dez. 1981, p. 120; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, p. 130, nota de rodapé n. 10; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 433.

⁵⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 572; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 232; STOCO, Rui. “Introdução ao estudo das nulidades”, 2004, p. 1257; ZANOIDE DE MOARES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 194.

⁵⁵⁰ ZANOIDE DE MOARES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 194. A esse respeito, já julgou o Superior Tribunal de Justiça: “Processual penal. Recurso de Habeas Corpus. Sentença condenatória. Nulidade. 1. A publicação de sentença criminal é condição de sua existência e faz-se pela remessa dos autos ao escrivão. Se o juiz não mais exercia jurisdição na Comarca quando os remeteu ao serventuário, incorre a decisão em nulidade absoluta ou inexistência, não podendo ser convalidada por designação retroativa do órgão judiciário para atuar na Comarca em que prolatou a sentença. 2. Recurso provido.” (STJ, RHC 4.790/SP, Ministro Relator Anselmo Santiago, 6.^a Turma, j. 26.09.95, v.u.)(ementa)(grifamos).

⁵⁵¹ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 142. No mesmo sentido: PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 200. Também José Frederico Marques discorre que “ocorre incompetência absoluta quando, nos próprios quadros de uma mesma jurisdição, juízes investidos apenas da jurisdição civil decidam casos criminais. Patente e claro que tais sentenças são inexistentes, mesmo quando absolutórias” (MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Revisão e atualização: José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000, p. 392). Também nesse sentido: PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2007, p.115.

⁵⁵² PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 200. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, p. 198.

non coscienza o volontà, o di coercizione morale”⁵⁵³; (30) sentença não publicada⁵⁵⁴; (31) sentença sem motivação⁵⁵⁵; (32) recurso interposto por advogado sem procuração⁵⁵⁶; bem como (33) os atos praticados sob coação física e moral⁵⁵⁷, assim como os praticados mediante (33a) o “induzimento a erro essencial”⁵⁵⁸, entre outras questões⁵⁵⁹.

Todos esses exemplos, dada o extenso rol de casos, são muitíssimo discutíveis.

Não surpreende que exista grande controvérsia quanto à falta de fundamentação das decisões, hipótese lida por alguns Autores (a exemplo de Michele Taruffo⁵⁶⁰) como ilustrativa de inexistência jurídica (falta de um elemento essencial do ato), enquanto outros entendem se tratar de nulidade (falta de um requisito), em conformidade com a leitura da nossa Constituição (artigo 93, IX, da Constituição de 1988).

Mesmo na jurisprudência - antes da Constituição de 1988 -, vez ou outra havia questionamentos a respeito da matéria, pois segundo as asserções de Adauto Suannes, à época Juiz em exercício no Extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, “se a fundamentação é requisito estrutural da sentença – formalidade, portanto, essencial – forçoso é concluir que sentença sem motivação é não-sentença” (TACRIM-SP – Rec. – Rel. Adauto Suannes – j. 18.02.1983 – RT 577/389)⁵⁶¹.

De toda forma, com a previsão constitucional de que o vício de fundamentação dá ensejo à nulidade, há hoje poucos questionamentos.

⁵⁵³ PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 200. Genericamente, afirma José Joaquim Calmon de Passos que “a vontade é o elemento constitutivo do ato e vital para ele. Sem vontade inexiste ato. E se os desvios ou vícios da vontade são irrelevantes, normalmente, para o direito processual, a absoluta ausência de vontade não poderá sê-lo. A vontade é o núcleo de todo o jurídico. Se a vontade falta, não se tem um ato, mas simplesmente uma aparência de ato. Trata-se de um *não-ato*, porque produzido por um *não-agente*” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 102).

⁵⁵⁴ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 160.

⁵⁵⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 51. No processo civil, fala em inexistência da sentença por falta (total) de fundamentação: FREITAS, Edison Elias de. *Vícios da sentença civil – tentativa de sistematização*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 117.

⁵⁵⁶ Dispõe a súmula 115, do Superior Tribunal de Justiça, que se considera inexistente recurso interposto por quem não é advogado nos autos.

⁵⁵⁷ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no direito processual brasileiro*, p. 288.

⁵⁵⁸ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no direito processual brasileiro*, p. 288. Por exemplo, pode ser citado o exemplo da sentença extintiva da punibilidade calcada em uma certidão de óbito falsa.

⁵⁵⁹ No âmbito civil, em que é possível a arbitragem, muitos dos exemplos de inexistência jurídica citados acima podem ser aplicados também nela. Citamos, a esse respeito, algumas hipóteses de inexistência da sentença arbitral elencadas no estudo de Fabrizio Matteucci Vicente, tais como: a) uma convenção de arbitragem sem agente, sem objeto lícito, sem forma ou na qual inexistia qualquer manifestação de vontade; b) sentença arbitral proferida por quem não poderia ser árbitro, ou por quem não foi escolhido pelas partes; c) ausência de dispositivo ou mesmo falta de assinatura na sentença arbitral; d) sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; e) sentença que julga matéria cuja solução não pode ser submetida à arbitragem (Consulte-se: VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e nulidades*, p. 219-220).

⁵⁶⁰ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 466.

⁵⁶¹ Consulte-se em: STOCO, Rui. “Ato nulo, anulável e inexistente”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 4. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1266.

No que tange à sentença, a doutrina vem entendendo que é a falta do dispositivo (e não a fundamentação) que acarreta a inexistência jurídica do ato. Sendo assim, seria o dispositivo, na sentença, o que constituiria o elemento essencial para o seu reconhecimento como um ato jurídico (sentença sem dispositivo seria uma não-sentença).

É interessante citar esse exemplo, pois é muito mais importante e elementar à existência jurídica da sentença a motivação que o próprio dispositivo.

Afinal, o que é mais ilógico: (i) uma sentença muito bem fundamentada, mas sem dispositivo ou uma (ii) sentença sem fundamentação alguma, embora com dispositivo (por exemplo, pense-se em uma sentença exarada nestes termos: “vistos, porque assim quero então julgo procedente a demanda proposta para condenar o réu a x anos de pena privativa de liberdade”)? Se pensarmos em um elemento sem o qual não seria possível reconhecer a juridicidade de uma sentença⁵⁶², esse elemento deveria ser, justamente, a fundamentação, não o dispositivo. Mesmo porque é da fundamentação que se chega ao dispositivo, não o contrário. Sendo assim, independentemente do que dispõe a Constituição, por um critério lógico (que é o critério que a doutrina usa para concluir pela inexistência de algum ato), se fosse para escolher um elemento sem o qual não seria possível reconhecer existente uma sentença, esse elemento deveria ser justamente a fundamentação, não o dispositivo.

A doutrina também elenca uma série de outros atos jurídicos ou elementos que seriam casos de inexistência jurídica, sendo muitos deles bem questionáveis (por exemplo, como já visto mais acima, a falta de assinatura em um ato⁵⁶³).

Na verdade, não há um exemplo sequer de inexistência jurídica do ato processual que não seja controvertido e não possa ser lido como uma hipótese de invalidade, o que indica ser muito questionável a sua teorização nessa seara.

Mesmo porque, cabe ponderar, a inexistência jurídica relevante ao processo só se dá em algumas hipóteses pontuais, quando acarretam a inexistência da própria formação da coisa, o que nem sempre ocorre, já que há muitos casos de inexistência jurídica de atos processuais que acarretam a invalidade.

No ponto, como já se pode perceber da leitura do capítulo 2, há muitas reticências com relação à necessidade de teorização do instituto da inexistência jurídica.

⁵⁶² No nosso ordenamento jurídico, apenas as sentenças proferidas no Júri são imotivadas, por expressa determinação constitucional, haja vista outro valor constitucional em jogo, referente ao sigilo dos veredictos (artigo 5.º, inc. XXXVIII, *c*, da Constituição da República), para um julgamento sem que haja pressões de qualquer tipo contra os jurados. De toda forma, devem ser fundamentadas as sentenças no que tange à dosimetria da pena, caso haja condenação.

⁵⁶³ Há um acórdão memorável do órgão Plenário do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, do qual participara o Ministro Evandro Lins e Silva, em recurso de *habeas corpus* originariamente impetrado por René Dotti, no qual o Supremo entendeu pela inexistência de denúncia sem a assinatura do promotor (STF, RHC, 40437, Relator Ministro Victor Nunes Leal, Pleno, j. 03.06.1964).

Com exceção do julgamento realizado por quem não está investido de poder jurisdicional (não-juiz ou mesmo um juiz aposentado), bem como daqueles casos em que não houve a devida comunicação (intimação) da parte interessada (o que tem relevância para a formação da coisa julgada), entende-se que todos os demais casos de inexistência jurídica apontados deveriam ser tratados como hipóteses de invalidades.

Tudo isso será analisado e explicado adiante, em tópico específico a respeito dos contornos e do relacionamento entre a inexistência jurídico e as nulidades no processo penal. Por ora, foi apenas exposto um esboço acerca da dificuldade em se transportar os conceitos como o da inexistência jurídica, construídos para a teoria geral do direito (mais especificamente, do direito civil) ao direito processual, pois – com exceção dos exemplos incontrovertidos de inexistências, mas, é convir, um tanto quanto inusitados⁵⁶⁴ - não existe um modo de bem demarcar o que constituiria elemento do ato do seu requisito de validade.

3.3. Estudo dinâmico do ato processual.

Analisado o ato jurídico processual de forma isolada, é imprescindível estudar o ato processual em seu conjunto com todos os demais, isto é, em seu aspecto dinâmico⁵⁶⁵.

Com efeito, os atos jurídicos processuais, em regra, não vivem isoladamente.

Pressupõem, portanto, um processo, o qual os une e lhes dá sentido lógico, cronológico e teleológico, com vistas ao regular prosseguimento do feito, em prol de uma melhor distribuição da justiça. Em seu conjunto, os atos processuais formam uma marcha que deve prosseguir, conforme o procedimento⁵⁶⁶, que constitui uma sucessão ordenada e concatenada de atos com vistas à obtenção de uma decisão final que seja a mais justa e correta possível. Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque: “em síntese, o fenômeno chamado ‘processo’ pode ser examinado pelo ângulo dessa seqüência de atos ordenados, à qual se denomina ‘procedimento’”⁵⁶⁷. No ponto, o respeito ao procedimento é importante, pois ele legitima o processo e a própria decisão judicial. Como expõe Mariângela Gama de

⁵⁶⁴ Como o de se proferir uma sentença à mesa de um café (não sendo o ato encartado aos autos), ou de um júri simulado ou mesmo a hipótese mais inusitada de todas, consubstanciada em um popular, não investido de poder jurisdicional, invadir e tomar uma sala de audiência e se portar como se juiz fosse, proferindo, para tanto, várias sentenças (sem que, contudo, ninguém se dê conta desse pequeno detalhe...)

⁵⁶⁵ “Il processo penale si può considerare sotto l’ aspetto statico e sotto l’aspetto dinamico. Tuttavia lo studioso non deve ritenere che la statica e la dinamica del processo non abbiano alcuna relazione, ma piuttosto che siano due aspetti del fenomeno della cosiddetta seriazione degli atti processuali: sono dei punti di vista da cui l’indagine si diparte ai fini dell’esame dell’atto processuale” (PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 49).

⁵⁶⁶ A rigor, é o procedimento que confere unidade ao processo, como ensina Antonio Scarance Fernandes: FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

⁵⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 36.

Magalhães Gomes, ele é a “garantia de que o exercício da jurisdição se dará conforme o legislador deseja, servindo como uma pauta de trabalho a ser seguida pelo juiz”⁵⁶⁸.

Seguir passo a passo o percurso traçado pela lei (que, por isso mesmo, se presume o mais acertado) é o modo mais seguro para prevenir os vícios, as violações de direitos e as invalidações *desnecessárias*⁵⁶⁹.

3.3.1. Importância do estudo dinâmico do processo para a matéria das nulidades.

Estudar a “anatomia” da sequência processual é imprescindível para compreender melhor a matéria das nulidades no processo. Não seria adequado começar a matéria pelo estudo e pela conceituação da nulidade (uma resposta a um vício), pois essa explicação poderia levar a equívocos se não se explicar, antes, que no processo há diversos tipos de respostas para lidar com os mais variados tipos de vícios processuais (sejam formais, de vontade ou conteúdo). Assim, até para, inicialmente, se separar o “joio do trigo”, com vistas a uma melhor sistematização dos vícios processuais que podem estar sujeitos ao regime das nulidades daqueles que não estão. Ao tratar das nulidades processuais, poderá ser constatado que, não raras vezes, o reconhecimento da nulidade envolve uma análise global de todo o processo, e não só do ato, este isoladamente considerado. Sendo assim, a análise quanto à ocorrência, ou não, da nulidade processual muitas vezes transcenderá o exame da estrutura do ato em si para abarcar uma análise de sua relevância, tendo em vista todo o procedimento⁵⁷⁰. Dependendo do caso, a nulidade de um ato poderá se comunicar a todos os demais, chegando a comprometer toda a integralidade do processo.

Trata-se de uma constatação lógica, já que os atos do processo encontram-se ligados entre si (os posteriores, em geral, pressupõem a prática regular dos anteriores), de forma que o estudo da nulidade implica, necessariamente, um estudo de toda a estruturação do processo. E para falar a respeito dessa estruturação, como em um edifício, nada melhor que principiar pelo estudo dos pressupostos processuais e das condições da ação, os quais dão sustentação e todo o suporte do processo.

Começemos pelo estudo dos pressupostos e, depois, das condições.

⁵⁶⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, jul.-ago/2005, p. 304.

⁵⁶⁹ Com invalidações desnecessárias, está-se a referir ao fato de magistrados que, conscientemente, não cumprem a lei (por exemplo, ao começar a fazer as perguntas para as testemunhas, quando se deve dar prioridade às partes, segundo dicção do artigo 212, do Código de Processo Penal) e dão margem a nulidades que poderiam muito bem ser evitadas.

⁵⁷⁰ Destacando essa análise global, no trato das nulidades: FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 20.

3.3.2. Pressupostos processuais⁵⁷¹.

Especial relevo na análise dos atos processuais ostenta o tema dos pressupostos processuais, os quais tanto podem se referir a pressuposto(s) de existência do processo quanto a pressupostos de validade.

A teorização dos pressupostos processuais não é pacífica e há diversas críticas.

O termo pressuposto seria equivocado, pois pressuposto indicaria o que deve vir antes (do processo), sendo que, por essa lógica, a sua análise deveria ocorrer antes mesmo da dedução do processo (por meio de um incidente, ou de um processo prévio, apenas para analisá-los). Segundo esse ponto de vista, seria um contrassenso falar-se em pressuposto se essa análise se dá após a dedução do processo. A indagação, com a devida vênia, não se mostra procedente, pois a maioria dos pressupostos diz respeito à validade do processo (e não à existência), sendo que a verificação da validade, obviamente, só se dá no seu curso (afinal, só se questiona da validade de algo que está em curso ou que já foi praticado). O termo pressuposto é útil para demonstrar que, quando o vício incidir no nascedouro do processo, pode comprometer todos os seus atos (ou seja: praticamente, todo o processo).

Seria um verdadeiro despropósito pretender instaurar sempre um incidente ou um processo preliminar para discutir os pressupostos do processo que se quer propor. É lógico que essa análise (quanto à admissibilidade) deve ser feita antes ao se deduzir a demanda e pelo juiz ao recebê-la. Entretanto, isso não precisa ser feito em um processo (autônomo e preliminar), sendo que, caso haja questionamento ao longo do processo, nada inviabiliza que ele o pressuposto seja analisado no curso do processo.

É nesse sentido que é utilizado e assim deve ser entendido.

Ainda que se queira criticar o uso do termo pressuposto de existência (porque a inexistência do processo deveria ter sido analisada antes de sua dedução), responde-se que, de fato, ele deveria ter sido analisado previamente: ocorre que, na prática, na realidade do dia a dia, muitas vezes, não há essa verificação. Afinal, a falibilidade é uma característica humana. O mesmo ocorre com a incompetência: às vezes o juiz só vai perceber ser o incompetente no meio (ou no final) do processo, sendo que ele mesmo (o incompetente) declara a sua incompetência. A princípio, soa contraditório o (juiz) incompetente poder analisar a sua (in)competência, mas, por questões práticas, é melhor que, em regra, assim seja a se permitir que outro juiz se intrometa em um processo de outro juiz.

⁵⁷¹ Os pressupostos processuais dizem respeito ao processo (um conjunto concatenado de atos jurídicos), e não ao ato isolado. Por isso, inseriu-se o seu estudo dentro da análise *dinâmica* do ato jurídico, isto é, dentro do processo, um conjunto preordenado de atos jurídicos relacionados entre si.

Às vezes as soluções do direito não são as mais lógicas; contudo, assim mesmo, mostram-se as melhores, em termos de utilidade prática, para a vida das pessoas, para uma melhor recolução de seus problemas. O direito foi feito para as pessoas, não o contrário.

Enfim, não deve haver surpresa com o fato de os problemas concernentes ao(s) pressuposto(s) de inexistência do processo se colocarem, em regra, quando o ato já foi praticado (o processo já foi deduzido). Não há nada que impeça que eles sejam resolvidos durante o seu curso, pois a pretensão em sempre se instaurar um procedimento prévio para analisar a admissibilidade da demanda traria, na prática, mais problemas que soluções.

3.3.2.1. A divisão dos pressupostos processuais.

Há diversas formas de classificar os pressupostos processuais.

Podem ser vistos do ponto de vista subjetivo (em relação à qualidade dos sujeitos envolvidos no processo) e objetivo (com relação aos atos praticados).

Do ponto de vista subjetivo, temos que, **em relação ao juiz**, para a adequada constituição da relação processual, ele deve: (1) estar investido da função jurisdicional, (2) ter competência para julgar o caso sob análise e (3) ser imparcial. **Em relação às partes**, estas têm: (4) que ter capacidade para estar em juízo (legitimidade *ad processum*) (a qual não se confunde com a legitimidade de parte {legitimidade *ad casam*}, que é uma condição da ação penal); como regra geral, (5) tem que ter capacidade postulatória, sendo que, se a própria parte não a tiver, deve estar representada por alguém que a tenha.

Do ponto de vista objetivo, os pressupostos processuais são divididos com base nos atos indispensáveis para a validade do processo, isto é, para a validade de toda a relação processual, podendo-se citar: (6) a aptidão da petição inicial (ou melhor, ausência de inépcia da inicial), (7) citação válida e a regularidade procedimental, bem como (8) o pressuposto de originalidade da demanda, também lido sob o aspecto negativo, isto é, quanto à ausência de pressupostos negativos, sendo estes, no processo penal, (8i) a litispendência e (8ii) a coisa julgada.

“Os *pressupostos processuais* seriam os requisitos de existência e desenvolvimento válido e regular do processo. Dividem-se em *subjetivos* e *objetivos*. Os primeiros referem-se ao juiz (investidura, competência e imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória). Os *objetivos* dizem respeito aos atos do processo (petição inicial apta, citação válida e regularidade do procedimento). Alguns acrescentam a esse rol os *pressupostos negativos*, ou seja, fenômenos cuja ocorrência impede o desenvolvimento do processo (litispendência e coisa julgada)”⁵⁷².

⁵⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 188.

Por fim, cabe lembrar que, embora este não seja um pressuposto elencado ou lembrado pela doutrina, **especificamente no processo penal é imprescindível que haja uma decisão de recebimento da acusação devidamente motivada, autorizando o prosseguimento do processo (recebimento da acusação)**. Sem essa decisão, haverá falta de pressuposto de validade do processo, por falta de recebimento idôneo da acusação.

3.3.2.2. Dos pressupostos de existência e validade.

Aliada à divisão acima mencionada, e para o que mais interessa ao presente trabalho (estudo da teoria das nulidades), os pressupostos processuais devem ser separados em pressuposto(s) de existência do processo e em pressupostos de validade do processo.

O(s) pressuposto(s) de existência, uma vez ausente(s), acarreta(m) a inexistência da relação processual: em outras palavras, é como se o processo não existisse, do ponto de vista jurídico. Há controvérsia a respeito do número de pressuposto(s) de existência do processo. Alguns autores levam em conta, como pressupostos processuais, a existência de um juiz, de uma demanda (autor), bem como da defesa (réu), sendo essencial para a existência do processo, portanto, a citação⁵⁷³. Nessa linha de raciocínio, a citação válida seria um pressuposto de existência do processo. Enfim, para a doutrina mais tradicional, haveria o trinômio, em paralelismo aos principais sujeitos processuais: juiz que julgue (jurisdição), autor que demande (demanda) e réu que se defenda (a partir da citação), de acordo com o *actum trium personarum*, lição de Búlgaro, já constante do texto das Ordenações do Reino de Portugal⁵⁷⁴. Nesse sentido, Antonio Acyr Breda, “o nosso direito positivo não concebe um processo de conhecimento condenatório sem um *autor*, um *réu* e um *juiz* com jurisdição penal”⁵⁷⁵.

Para outros autores, entretanto, como Fabrizzio Matteucci Vicente, haveria apenas dois pressupostos de existência do processo: petição inicial e jurisdição⁵⁷⁶.

O estudo dos pressupostos de existência do processo é muito importante, pois “vale para salientar que não é possível sanar-se o vício decorrente dessa falta. Onde não há processo, não há remédio processual capaz de curar o defeito, que é irreparável”⁵⁷⁷.

⁵⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 179.

⁵⁷⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de & TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009, p. 72.

⁵⁷⁵ BREDAS, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, p. 108.

⁵⁷⁶ VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 257. Observa, contudo, o Autor: “entretanto, petição inicial não se confunde com demanda. Esta corresponde ao ato de ir a juízo pedindo tutela jurisdicional e, para que tal ocorra, basta a apresentação de petição inicial em juízo. A existência ou não de pedido, por sua vez, é requisito para aptidão da petição inicial, não para sua existência. Isso porque demanda não se confunde com pedido, embora ambos possam equivaler-se” (VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 255).

É necessário demarcar, precisamente, o que deve ser considerado pressuposto de existência do processo, já que o vício incidente é, em regra, insanável, diferentemente dos casos de eventuais vícios que ensejam a invalidade processual, para as quais o próprio ordenamento prevê alguma forma de aproveitamento.

Passa-se, portanto, ao estudo do único caso que, na ótica deste trabalho, constitui pressuposto de existência do processo: a presença de um juiz investido de jurisdição.

3.3.2.2.1. Juiz investido de jurisdição: o *único* pressuposto de existência no processo

O processo jurisdicional, para ser reputado juridicamente existente, pressupõe a sua condução por um juiz regularmente investido de poder estatal.

É impensável a hipótese de um processo, sobretudo de cunho penal, ser conduzido e julgado por um particular, hipótese essa que, de fato, se mostra um tanto quanto teórica, já que é difícil imaginar que situações desse tipo ocorram nos dias de hoje⁵⁷⁸.

A presença de um juiz regularmente investido com poder jurisdicional é, a nosso ver, imprescindível para se delinear a existência do processo.

Há discussões com relação ao que consistiria esse pressuposto de existência do processo, já que parte da doutrina entende que não basta juiz investido de jurisdição para dar vida ao processo, sendo necessário mais que isso, que haja um juiz constitucionalmente competente. A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, sob a influência da doutrina de José Frederico Marques, interpretam que, para o processo existir do ponto de vista jurídico, não bastaria a presença de qualquer magistrado - frise-se ainda que investido de jurisdição - mas apenas do juiz que seria constitucionalmente competente para julgar a causa⁵⁷⁹.

Com base nessa linha de entendimento, inexistente seria o processo julgado por um juiz constitucionalmente incompetente, ainda que investido de poder jurisdicional, como ocorreria se uma causa de competência da Justiça Comum fosse julgada por um magistrado da Justiça Militar ou mesmo da Justiça do Trabalho.

⁵⁷⁷ BRENDA, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, p. 110.

⁵⁷⁸ No passado, há registro histórico de um caso julgado por um escravo. Carlos Alberto Dabus Maluf lembra, no direito romano, o caso do “escravo Barbarius Philippus, que se fez passar por homem livre, e exerceu, por longo tempo, o cargo de pretor, que não podia ocupar, por causa de sua condição servil” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 36). Afirma o Autor que “descoberto o embuste, surgiu a questão: considerar-lhe nulos os editos, os decretos ou considerá-los válidos, em benefício daqueles a quem, de boa-fé, interessava a validade desses atos? Reputou-se mais humana a segunda solução e, por causa desse episódio, o nome do solerte escravo perpetuou-se na história do direito” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 36).

⁵⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 23.

No ponto, cabe destacar que não se concorda com o exposto, pois pressuposto de existência do processo refere-se apenas à figura do juiz, isto é, de alguém investido na função jurisdicional, pouco importando, para fins de existência jurídica do processo, se o magistrado tem competência para julgar causas da Justiça Comum ou das demais Justiças constitucionalmente previstas. O questionamento ligado à incompetência constitucional de um magistrado diz respeito a um pressuposto de validade do processo e não a pressuposto de existência. Mesmo porque, cabe lembrar, a jurisdição é una, de forma que o magistrado, ainda que constitucionalmente incompetente, não deixa de exercê-la⁵⁸⁰.

A investidura do juiz na função jurisdicional é, de fato o único pressuposto de existência do processo.

3.3.2.2.2. Dos pressupostos de validade do processo.

Todos os demais pressupostos do processo são de validade, cuja ausência pode levar ao pronunciamento da nulidade ou mesmo a outros tipos de invalidades, cujo regime é um pouco diverso do das nulidades processuais.

Confira-se abaixo a análise de cada um dos pressupostos de validade do processo:

3.3.2.2.2.1. Necessidade de demanda de parte.

O fato de o feito não ter sido iniciado por petição inicial, uma acusação formal, não acarreta a inexistência jurídica do processo. Mesmo vícios graves, como o caso de um juiz instaurar, de ofício, um processo, não implicam, por si só, a inexistência jurídica do processo, observando que, na seara de direito processual civil, o juiz pode, em algumas hipóteses, determinar a própria instauração do processo de ofício. Em coerência com os norteamentos da teoria geral do processo, seguida neste trabalho⁵⁸¹, a demanda não pode ser considerada um pressuposto de existência do processo. Em âmbito penal, há hipóteses em que o juiz pode conceder uma tutela sem que haja pedido expresso de alguém, como ocorre com a concessão de um *habeas corpus* de ofício. O processo de execução⁵⁸², que

⁵⁸⁰ Nesse sentido: KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*, p. 70-71. Mais recentemente, afirmando que o vício de incompetência constitucional é causa de nulidade, não de inexistência jurídica: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 603.

⁵⁸¹ Apesar de, no presente trabalho, deixar-se claro, em diversas oportunidades, que há peculiaridades no processo penal em relação ao civil, não é correto negar a existência de institutos comuns entre ambos, que viabiliza tratamento uniforme para inúmeras questões, o que legitima a teoria geral do processo.

⁵⁸² O processo de execução é um genuíno processo e não fase do do processo penal de conhecimento. Nesse sentido: BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

pode e é, na maior parte dos casos, instaurado *ex officio*, é prova de que, no processo penal, há processos instaurados sem que seja necessário o requerimento de alguém.

É bem verdade que, no processo penal, procedimentos com pedidos condenatórios não podem ser instaurados de ofício pelo juiz, como ocorria nos moldes dos processos inquisitoriais, sob pena de vulneração do princípio acusatório, sendo difícil que situações desse jaez ocorram hoje em dia. De toda forma, apesar de improvável, não é impossível que hipóteses como essas ocorram. Sendo assim, caso se verifique algum caso parecido como esse, não haverá inexistência do processo, mas sim invalidade, quer se leia essa invalidade como falta de pressuposto processual do processo (ausência de autor), quer se leia também como falta de condição da ação penal (legitimidade *ad causam*)⁵⁸³.

Tanto a hipótese não é caso de inexistência jurídica, que, fazendo um paralelo com os casos de ofensa à correlação entre acusação e sentença, em que o juiz, geralmente, julga mais, analisando fato diverso do que se imputou originariamente na exordial acusatória (a rigor, na citada situação, ele está julgando um fato sem demanda!), a doutrina especializada rechaça que a hipótese seja lida como caso de inexistência. Bem afirma, a esse respeito, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “**o fato de o julgamento *extra petita* significar uma modalidade de ação penal *ex officio* não quer dizer que isso leve à inexistência do processo ou da sentença.** Independentemente da teoria adotada sobre o direito de ação, o certo é que, atualmente, propugna-se, cada vez mais, pela ampliação do acesso ao judiciário. Assim, ainda que se entenda que em tal caso teríamos uma verdadeira ação penal exercida por órgão diverso do Ministério Público e, mais precisamente, pelo próprio juiz, **não se pode falar que o juiz ‘não tenha ação’, ou que, sendo ação proposta por órgão diverso do Ministério Público, o processo seja inexistente**”⁵⁸⁴.

Denilson Feitoza, por seu turno, rechaça, expressamente, que a falta de demanda implique a sua inexistência jurídica, pois, como explica o Autor: “se o juiz instaura de ofício procedimento contra alguém, este será nulo, com nulidade absoluta, mas existente, pois basta a relação entre juiz e uma pessoa para que se tenha processo (ou relação processual), ainda que seja um processo teratológico e nulo”⁵⁸⁵.

Cabe destacar, somente, que a hipótese analisada (ausência de demanda), contudo, não poderá ser lida como nulidade, já que, nesta - conforme melhor será analisado no item 3.4.3.2. -deverá haver, sempre que possível (e, na maioria dos casos, será possível), a (re)novação compulsória do ato então reconhecido como nulo, que deve ser ordenada pelo magistrado. No caso em apreço, inexistindo uma parte acusatória ou mesmo ausente uma demanda, o juiz não poderá, obviamente, forçar a prática desse ato, pois tal ato depende,

⁵⁸³ A condição da ação pautada na (i)legitimidade será estudada no item 3.3.3.2.2.

⁵⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*, p. 146 (destacamos).

⁵⁸⁵ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1024.

única e exclusivamente, da parte acusatória: seria inimaginável pretender que o juiz saísse à caça de um autor para oferecer a acusação ou mesmo que pudesse obrigá-lo a oferecê-la.

Caso o fizesse, muito provavelmente perderia a sua imparcialidade.

Portanto, caso o juiz se empolgue demais e, por si só, instaure um processo penal de ofício contra alguém, o Tribunal deverá reconhecer a invalidade do ato (e dos que lhe são dependentes). Deverá haver o trancamento do processo-crime por falta de pressuposto processual (demanda de parte), ou, caso assim entenda, por carência de ação, por falta da condição da ação penal (ilegitimidade de parte).

3.3.2.2.2. Aptidão da petição inicial (ausência de inépcia da inicial acusatória).

A petição inicial, mormente na instância penal, não pode ser obscura.

Deve conter a narração clara e adequada de um fato, em tese, delituoso.

A acusação, segundo precisa lição de Heleno Cláudio Fragoso, “não pode ser um ato de prepotência. A lei a reveste de formalidades indispensáveis; tem ela como pressupostos essenciais elementos que garantem e asseguram o direito de liberdade do cidadão”⁵⁸⁶.

Tem que ser apta, assim, a permitir o entendimento quanto ao objeto da demanda (o fato imputado). Não pode ser uma acusação inepta, do ponto de vista formal⁵⁸⁷.

Uma acusação clara interessa tanto ao acusado quanto ao próprio Estado.

Com efeito, uma acusação objetiva possibilita ao réu a preparação de uma defesa efetiva, na medida em que uma peça acusatória clara propicia um melhor entendimento dos termos da imputação, facilitando a defesa na sua linha de argumentação.

Acusações imprecisas e obscuras não contribuem para a defesa do imputado tampouco para uma melhor e profícua busca da verdade, pois dificultam o entendimento acerca do que se imputa, seja ao réu, seja ao juiz. Por isso, segundo dispõe o artigo 41, do Código de Processo Penal, “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

Trata-se de requisitos que, em sua maioria, não poderão ser flexibilizados.

⁵⁸⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Ilegalidade e abuso de proder na denúncia e na prisão preventiva”. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano 4, n. 13, abr.-jun./1966, p. 72.

⁵⁸⁷ Há Autores que analisam a inépcia do ponto de vista material: justa causa, consubstanciada na presença de elementos indiciários que deem plausibilidade à acusação formal. Nesse sentido: CUSCHNIR, Camila; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; MOTTA, Mariana & TORRES, Camila Jorge. “Crimes societários: requisitos da denúncia conforme a lei, a doutrina e as garantias processuais”. In: Antônio Ruiz Filho & Leonardo Sica. (coord.). *Responsabilidade penal na atividade econômico-empresarial: doutrina e jurisprudência comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 455. Prefere-se tratar a justa causa entre as condições da ação penal, o que será analisado adiante, nos itens 3.3.3.2 e 3.3.3.2.1.

Nem se argumente que o não atendimento dos requisitos da acusação seria sanável a todo o tempo, ao longo do curso do processo, pois, como teremos oportunidade de mencionar⁵⁸⁸, as disposições do artigo 569, do Código de Processo Penal, quando falam que as omissões da acusação poderão ser supridas antes da sentença final, referem-se a pequenos equívocos (por exemplo, erros insignificantes, como o pequeno equívoco quanto à grafia do nome do acusado ou vítima)⁵⁸⁹, que não interferem no seu entendimento, sendo que os vícios mais graves, que dificultam ou impedem a defesa, não podem ser supridos, conforme se infere da redação do artigo 564, III, alínea *a*, do próprio Código.

A acusação, para ser idônea, tem que descer às peculiaridades e minúcias do fato concreto a investigar: não pode tão-somente descrever o tipo abstrato em que subsumida a conduta, como, às vezes, nota-se em algumas denúncias, sobretudo pela suposta prática de homicídios, nas quais as imputações se restringem a mencionar que o fato foi cometido por motivo fútil, torpe, por meio que dificultou a defesa da vítima, sem, contudo, explicarem em que consistiria a futilidade, a torpeza ou o meio que dificultara a defesa.

Não é admissível uma acusação que não veicule ou especifique qual teria sido a data dos fatos imputados⁵⁹⁰, devendo haver, se não for possível uma especificação precisa, ao menos aproximação. No ponto, são equivocadas as decisões jurisdicionais que não reconhecem a inépcia da inicial em casos em que não há qualquer menção à data dos supostos fatos, lembrando-se, juntamente com o Desembargador Dirceu de Mello, que a necessidade dessa especificação é importante para fins penais (início da prescrição)⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ No próximo capítulo, item 4.4.4.1.

⁵⁸⁹ Caso sejam erros que não impeçam a individualização tanto do acusado quanto da vítima, não há que se falar em inépcia: STJ, RHC 19.719/CE, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 21.08.2008, v.u.

⁵⁹⁰ São acertadas as decisões do Ministro Assis Toledo, bem como do Magistrado Celso Limongi ao reconhecerem, respectivamente, no Superior Tribunal de Justiça e no Extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACRIM/SP) a inépcia da inicial nesses casos em que a acusação não veicula a data dos fatos. As referidas decisões podem ser consultadas em: FELTRIN, Sebastião. “Ação penal de iniciativa privada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 626. Nesse sentido: “Ação penal originária: inépcia da denúncia. Não é apta a denúncia que sequer especifica a data em que os fatos teriam ocorrido, impossibilitando, até mesmo, a verificação da ocorrência da prescrição” (STF, Inq 1423/MG, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 18.11.2004, v.u.).

⁵⁹¹ “Inepta é a denúncia que não alude a data da infração, sem a qual, entre outras circunstâncias, não se tem elementos para se chegar à prescrição da ação penal” (TJSP – AP – Rel. Dirceu de Mello – RT 558/310)” (NINNO, Jefferson. “Ação penal pública incondicionada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 368). Solução questionável, mas, ainda assim, interessante, foi a conferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o problema da prescrição em denúncias que não veiculam, precisamente, a data dos pretensos fatos investigados. No caso, não se reconheceu a inépcia da acusação; contudo, para que não se falasse em prejuízo para a defesa, os Ministros entenderam por bem presumir, em favor do réu, que a data dos supostos acontecimentos deveria ser interpretada sempre a favor do acusado: STF, HC 92.875/SP, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.ª T., j. 12.08.2008, v.u.; STF, HC 92.695/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j. 20.05.2008, v.u.

O acusador deve especificar ao máximo possível, bem como individualizar a conduta de cada envolvido, caso haja concurso de agentes. Não é possível uma acusação pautada em imputação genérica, alicerçada em responsabilidade objetiva. Nos crimes societários, tem que ser ao menos descrito um elo que una o sujeito ao fato, não podendo a acusação decorrer da mera condição de sócio. Não é possível, igualmente, admitir imputações alternativas, isto é, que, em seu bojo, veiculem acusação de um fato e, se este não restar comprovado, de outro, sendo que a acusação precisa ser precisa e clara. A rigor, a alternatividade da imputação evidencia a falta de justa causa, já que o acusador sequer sabe ao certo como os fatos ocorreram, trabalhando, em verdade, com meras suspeitas.

Na imputação de crimes culposos, deve ser descrito mais especificamente o tipo de conduta culposa que se imputa: se por imperícia, imprudência ou negligência.

É muito importante frisar que acusações imprecisas e genéricas não interessam a ninguém, nem mesmo à acusação, já que imputações vagas, não raro, fazem os agentes estatais se perderem em procedimento inúteis, sem um foco.

O que se vê na prática é que, na ânsia de acusar e punir, não raro o Ministério Público oferece denúncias genéricas, contra um número expressivo de pessoas, muitas das quais não deveriam estar no pólo passivo, acreditando o acusador que, com isso, muitas delas ficarão desesperadas e irão acabar delatando os demais. Esse mau uso da máquina estatal, além de causar danos irreparáveis para inocentes (que sofrem um processo indevido, que, em si mesmo, já é uma pena⁵⁹²), pode acabar dando arma para a outra parte, na medida em que possibilita que esta alegue um número infindável de invalidades e nulidades (estimulando-se, justamente, a chicana jurídica): o que, no final das contas, pode acabar levando à impunidade do verdadeiro culpado⁵⁹³.

O acusador deve ser muito responsável na prática desse ato.

Muitos imputam a morosidade da justiça apenas ao acusado e a seu advogado, por interporem recursos e impetrarem muitos *habeas corpus*, **mas esquecem** de ponderar que, em parcela considerável de ocasiões, **o aparato judiciário seria muito menos moroso se**

⁵⁹² Nesse sentido, mencionando os danos que a ação penal causa ao indivíduo: STF, HC 84.409/SP, Ministro Relator originário: Joaquim Barbosa; Ministro Relator para acórdão: Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 14.12.2004.

⁵⁹³ Como bem afirma Janaina Conceição Paschoal: nota-se “uma tendência de inflar as denúncias. Na cabeça do procurador, ele diz: ‘Vamos encher porque alguma coisa fica’. Outra estratégia: colocar um monte de gente numa investigação, pessoas que não têm nada a ver, porque eles vão ficar apavorados e vão entregar os outros. Gasta-se tempo, dinheiro público e não muda nada” (PASCHOAL, Janaina Conceição. “Novo Código Penal exagera na criação de mais crimes”. *A Folha de São Paulo*, São Paulo, 18/06/2012, p. 12). Assim, como afirma, mais uma vez, a Autora, “muitas vezes, de forma romântica, os órgãos repressivos acreditam que uma denúncia ofertada em face de várias pessoas, ainda que sem suficiente fundamento, já teria um efeito preventivo. Essa crença não se sustenta. Investigações bem feitas e denúncias precisas atendem aos interesses de todos, pois permitem a punição do culpado, em tempo razoável; inviabilizam alegações de nulidades e não expõem inocentes” (PASCHOAL, Janaina Conceição. “Tribunal de Justiça”. *Boletim do IBCCrim* São Paulo, ano 20, n. 245, abr./2013, p. 1652 {Caderno de jurisprudência: anotação de julgado})

não fossem oferecidas tantas acusações desnecessárias, abusivas e, em alguns casos, imorais: ora, diante disso, só cabe mesmo à defesa impetrar inúmeros *habeas corpus*⁵⁹⁴.

Também o magistrado deve estar consciente dessa obrigação, ao não permitir o prosseguimento de processos temerários, devendo o juiz rejeitar, desde logo, imputações ineptas⁵⁹⁵, que, se levadas mesmo adiante, só acabarão entupindo as varas, atrapalhando a investigação de casos realmente sérios. Portanto, se a exordial acusatória não contiver uma correta narração dos fatos, de modo a comprometer o seu entendimento, ela será inepta, o que acarreta a invalidade⁵⁹⁶ dos atos eventualmente praticados, com a consequente extinção do processo, caso se lhe tenha dado prosseguimento.

É equivocado, portanto, o entendimento que reputa superada a questão quando há, no feito, superveniência de sentença condenatória⁵⁹⁷, pois a ausência de inépcia da inicial é pressuposto de validade de TODO O PROCESSO (frise-se, de todos os atos processuais), da sentença condenatória, inclusive. Também não há que se falar em qualquer preclusão na sua alegação, conforme, a nosso ver, equivocadamente, entende parte da jurisprudência⁵⁹⁸.

Portanto, *acerta* o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a inépcia da inicial, nos casos em que for suscitada a questão no curso do processo, mesmo que depois haja superveniente prolação de decisão condenatória⁵⁹⁹; contudo, segundo pensamos, *equivoca-se*, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal ao falar em preclusão quando o assunto só é mencionado depois da sentença condenatória⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ O que, aliás, é o papel do advogado em um Estado de Direito Democrático. Ao exercê-lo, o advogado nada mais faz que cumprir o dever que tem com o seu cliente e com a própria sociedade, a fim de dar fiel cumprimento ao múnus público que a Constituição lhe reservou (ampla defesa e a garantia do *ius libertatis*).

⁵⁹⁵ Dispõe o artigo 395, *caput*, do Código de Processo Penal, que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I for manifestamente inepta”. É óbvio que, ao apreciar a inépcia da inicial, o juiz vai ter que fazer uma análise valorativa, de modo a ponderar se os termos da denúncia dificultam o seu entendimento.

⁵⁹⁶ Sendo a aptidão da inicial um pressuposto de **validade** do processo, obviamente que a inépcia acarreta a **invalidade** dos atos eventualmente praticados. O artigo 564, inciso III, alínea *a*, do Código de Processo Penal fala em nulidade (na verdade, deve ser lida como invalidade) quando houver falha com a acusação. O artigo 395, inciso I, do Código, discorre que a acusação será rejeitada quando manifestamente inepta, e, no inciso II, quando faltar pressuposto processual, o que implica a conclusão de que deve ser rejeitada, sendo que, caso, mesmo assim, seja erroneamente aceita, os atos praticados devem ser reputados inválidos.

⁵⁹⁷ Nesse sentido, de que, com a sentença condenatória, a questão ficaria superada: STJ, HC 122.296/MG, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 16.10.2012, v.u.

⁵⁹⁸ Falando em preclusão, se a matéria não foi aventada em sede de alegações finais: STJ, RHC 28.628/SP, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 08.11.2011, v.u.; STJ, REsp 1.207.516/PB, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 17.02.2011, v.u.; STJ, HC 98.763/RJ, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 16.03.2010, v.u.

⁵⁹⁹ Enfim, a questão, na ótica do Supremo Tribunal Federal, quando suscitada antes, no momento adequado, não fica superada com a superveniente sentença condenatória. Confira-se: STF, HC 89.310/SP, Ministro Relator originário: Joaquim Barbosa; Ministro Relator para acórdão: Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 31.03.2009.

⁶⁰⁰ STF, HC 112.206/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 16.10.2012, v.u.

A inépcia da inicial, igualmente à ausência de demanda, não pode ser lida como uma nulidade⁶⁰¹, já que de nulidade não se trata.

Afinal, o juiz nunca poderá determinar a realização compulsória do ato (no caso, o ato de acusar), não cabendo ao magistrado nem mesmo opinar como deveria o acusador oferecer a denúncia ou a queixa, sob pena de se tornar parcial. Por isso, não pode o magistrado determinar que a parte acusatória emende a inicial, pois, nesse caso, também estaria fugindo de sua função, não deixando isso de se revestir em uma espécie de conselho à parte acusatória, em detrimento do imputado⁶⁰². Só lhe resta mesmo extinguir o processo, por conta da inépcia da inicial, sem opinar *se e como* deve o Ministério Público oferecer a denúncia no caso (ou a queixa, tratando-se de acusador privado).

A inépcia da inicial é mais um exemplo que comprova como o conteúdo do ato e a própria manifestação de vontade do agente (que deve ser clara, objetiva, a fim de não incitar qualquer erro no julgamento) é especialmente relevante para a validade de alguns atos jurídico-processuais.

3.3.2.2.3. Capacidade de ser parte e de estar em juízo (capacidade processual)

A capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo (ao lado da capacidade postulatória, que veremos logo a seguir) referem-se à capacidade processual⁶⁰³.

A capacidade de ser parte, em paralelismo à capacidade de direito, do direito civil, é a capacidade de alguém em se tornar titular das situações jurídicas integrantes da relação processual, como as de adquirir direitos, deveres, faculdades e ônus ou qualquer tipo de sujeição no processo⁶⁰⁴. No processo penal, a capacidade de ser parte se restringe, no pólo ativo, (i) à atuação do Ministério Público, na ação penal de iniciativa pública, ou do (ii) do ofendido ou seu representante (na ação penal de iniciativa privada, na ação penal privada

⁶⁰¹ Questionáveis, do ponto de vista técnico, as decisões que confundem a *invalidade decorrente da inépcia com hipótese de nulidade*: STJ, HC 8.349/RJ, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., j. 30.06.1999, v.u.; STF, RHC 85.658/ES, Ministro Relator Cezar Peluso, 1.ª T., j. 21.06.2005, v.u. Parece-nos equivocado falar em nulidades da denúncia, embora o uso do termo seja rotineiro. Trata-se de atecnia, lendo-se o termo nulidade em um sentido amplíssimo. Mostra-se impreciso o título de: RIBEIRO, José do Espírito Santo Domingues. *A denúncia e suas nulidades*: teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

⁶⁰² Não se concorda com Marcellus Polastri Lima, ao discorrer que, caso a denúncia não atenda aos requisitos legais (exemplifica o Autor com a falta de identificação do acusado, narração deficiente, falta de qualificação do crime, ausência de representação), “o juiz poderá dar vista ao *parquet* para sanar a deficiência, ou, de imediato, exarar decisão fundamentada de não recebimento” (LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 218-219).

⁶⁰³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 225.

⁶⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

subsidiária ou, na ação pública, como assistente do Ministério Público). O ofendido tanto pode ser uma pessoa física quanto jurídica. No pólo passivo, a capacidade diz respeito ao acusado, que, como regra, é uma pessoa física, mas, em alguns casos, também pode ser uma pessoa jurídica. Conforme será visto melhor mais adiante quando tratarmos das condições da ação penal, a acusação, em regra, é da alçada do Ministério Público, mediante ação penal que se costuma denominar por ação penal pública, mediante o oferecimento de uma peça que se costuma chamar de denúncia. Em alguns casos excepcionais, contudo, permite-se que o próprio ofendido, ou seu representante, ingresse com a demanda: trata-se da ação penal privada (mediante o oferecimento da peça que se conhece por queixa-crime). Nesses casos fala-se que o ofendido é o querelante, sendo o acusado o querelado.

Feitas essas breves observações, no processo penal, **no pólo ativo**, tem capacidade de ser parte o Ministério Público, (1) em caso de ação penal pública e (2) nos casos de ação penal privada ou subsidiária a vítima, ou seus representantes/sucessores.

No pólo passivo, tem capacidade a pessoa maior de 18 (dezoito) anos e com sanidade mental⁶⁰⁵. O menor de 18 (dezoito) anos, se, supostamente, vier a praticar um ato definido como crime, será penalmente inimputável, não podendo responder a um processo penal, com vista à imposição de uma pena. No caso, a sua conduta será apurada em meio a processo, que terá por fim a aplicação de medida sócio-educativa. Os procedimentos judiciais estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), os quais “têm natureza especial e não são os mesmos previstos no Código de Processo Penal para a apuração de crimes. Entretanto, as garantias processuais são semelhantes”⁶⁰⁶.

Com a edição da Lei 9.605/1998 (art. 3.º), admite-se, em nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de o crime ambiental ser praticado pela pessoa jurídica⁶⁰⁷, de modo que ela tem capacidade para ser ré, nesses crimes⁶⁰⁸.

Vista a capacidade de ser parte, vejamos a capacidade de estar em juízo.

A capacidade de estar em juízo, também conhecida como capacidade processual, ou *legitimatío ad processum*, significa a capacidade de atuar em juízo, em paralelo com a capacidade de exercício do direito material. Conforme Cândido Rangel Dinamarco, “tal é a

⁶⁰⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 226

⁶⁰⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99. A respeito do sistema processual juvenil, consulte-se: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008, pp. 172-183.

⁶⁰⁷ A respeito do tema, vide, especialmente: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2012.

⁶⁰⁸ Quanto às questões referentes ao processo em face da pessoa jurídica: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In: Luiz Flávio Gomes (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

capacidade a atuar nos processos em geral e não se confunde com a qualidade para gerir uma determinada causa, que é a legitimidade *ad causam*⁶⁰⁹.

Em se tratando do pólo ativo, tem capacidade processual o Ministério Público, nas ações que lhes são cabíveis. Como se trata de instituição una e indivisível⁶¹⁰, temos que a capacidade para estar em juízo *é uma só*, tendo capacidade para atuar em qualquer justiça.

Não há, a nosso ver, que se fazer a divisão entre diversas capacidades de estar em juízo, conforme se trate de Ministério Público Federal ou Estadual. Entendemos que a questão relacionada à atuação dos respectivos representantes do Ministério Público perante cada justiça (os membros do Ministério Público Federal na Justiça Federal e do Ministério Público Estadual, na Justiça Estadual) diz respeito, precisamente, à capacidade postulatória de cada representante ministerial, conforme veremos adiante.

Em se tratando de acusador privado, têm capacidade processual os maiores de 18 anos e os mentalmente saudáveis. Casos sejam menores, ou mentalmente enfermos, têm que estar representados por seus respectivos tutores/curadores legais ou, em determinadas hipóteses, por um curador nomeado pelo juiz.

No pólo passivo, é necessário que o acusado tenha higidez mental⁶¹¹.

3.3.2.2.4. Capacidade postulatória

A parte, para ingressar em juízo, como regra, tem que ter capacidade postulatória, isto é, capacidade para atuar em juízo, a qual é uma qualidade ínsita aos advogados, aos defensores públicos e, no caso do Ministério Público, aos membros que o apresentam em juízo, todos tendo certa aptidão para atuar na justiça⁶¹².

Assim, tanto o autor quanto o réu precisam de capacidade postulatória, sendo que, se não a tiverem (quer dizer, se não forem advogados), terão que ser representados por alguém que a tenha.

⁶⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, p. 292.

⁶¹⁰ “Ser *una e indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (que está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física de um promotor ou curador” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 229). Obviamente, essa substituição (de membros ministeriais) deve ser feita de acordo com os termos da lei, uma vez respeitada a independência funcional de cada profissional.

⁶¹¹ A respeito do processo penal de inimputável sem higidez mental, confira-se: PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁶¹² Deve ser lembrado que, em alguns casos, o réu tem capacidade postulatória. Assim ocorre em casos de impetração de ação de *habeas corpus* e de revisão criminal (art. 623, CPP). Também, no curso do processo penal, tem possibilidade de recorrer pessoalmente (art. 577, *caput*).

No caso ora em apreço, quando se discorre sobre a capacidade postulatória como um pressuposto processual, fala-se, especificamente, da capacidade postulatória do autor, isto é, do demandante, ou seja, daquele que dá início ao processo.

É bom frisar o exposto, pois também pode haver falta de capacidade postulatória no caso da defesa do réu (pense-se na representação do réu por quem não é advogado, ou por advogado suspenso ou impedido de exercer a advocacia). Contudo, nessa última hipótese (vício da capacidade postulatória do acusado), não haverá, evidentemente, falta de pressuposto processual de validade do processo. É importante ter em mente essa distinção, pois um e outro caso darão ensejo a determinados tipos de resposta jurídica: (a) no caso de haver falta de pressuposto processual, deverá o feito ser extinto, sem julgamento de mérito; (b) no caso de falta de capacidade postulatória do acusado, haverá nulidade, devendo os atos praticados pela defesa serem refeitos⁶¹³. Feita essa observação, passemos à análise desse pressuposto (falta de capacidade postulatória do autor).

Tanto pode haver ausência de capacidade postulatória por parte do representante do Ministério Público quanto em relação ao advogado que representa o acusador privado (se o próprio não for advogado). Pense-se na hipótese em que, ao praticar o ato, o representante ministerial já se encontre aposentado ou mesmo na hipótese de um estagiário do Ministério Público oferecer a demanda⁶¹⁴. Pode parecer absurda a ideia, mas o fato é que já houve problemas desse tipo na justiça, conforme atesta o julgado abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“É de se reconhecer a nulidade absoluta do processo, se a denúncia oferecida na ação penal pública incondicionada for assinada exclusivamente por estagiário de direito e se não há nos autos qualquer ratificação da peça inaugural da ação por parte do representante do Ministério Público’ (TJMG – 2.^a Câ. Crim. – AC 204.991-4/00 – Rel. José Antonino Baía Borges – j. 05.04.2001 – JM 157/383)”⁶¹⁵.

Na verdade, os problemas mais comuns relacionados ao Ministério Público, no que tange à sua capacidade postulatória dos seus membros, referem-se à atribuição de cada promotor/procurador dentro de determinada justiça (o que também implica uma análise da

⁶¹³ No ponto, a falta do pressuposto processual ensejará, em regra, a rejeição da acusação, conforme dispõe o artigo 395, II, do Código de Processo Penal; caso o juiz não se dê conta disso e, mesmo assim, dê prosseguimento ao feito, os atos então praticados deverão ser considerados todos inválidos, devendo ser (a) o feito extinto pelo magistrado, sem julgamento de mérito ou (b) concedida ordem de habeas corpus, pelo Tribunal, para trancar o processo. Na hipótese de faltar capacidade postulatória ao acusado, isso acarretará, como regra, a nulidade do ato, devendo o ato ser refeito (regime mais específico de invalidade: a nulidade) agora por quem ostente capacidade postulatória (advogado).

⁶¹⁴ O exemplo do estagiário do Ministério Público é mencionado por: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 235.

⁶¹⁵ NINNO, Jefferson. “Ação penal pública incondicionada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 2, p. 384. De toda forma, conforme será tratado, o caso não se enquadra, especificamente, no regime das nulidades, como quer sugerir o acórdão.

competência da justiça). O questionamento quanto ao fato se deverá, ou não, o Ministério Público Federal ou Estadual proceder à persecução não é um dado ligado à legitimidade (legitimidade *ad causam*, uma condição da ação penal, como veremos mais à frente⁶¹⁶), pois, como diz a própria Constituição, o Ministério Público é uno, sendo ele, portanto, a parte legítima. A questão relacionada se a denúncia deverá ser oferecida por procurador da república (esfera federal), por promotor de justiça (estadual) ou, nos casos de competência por prerrogativa de função, por procurador de justiça, por procurador regional da república ou por (sub)procurador-geral da república, refere-se, a nosso ver, a pressuposto processual consubstanciado na capacidade postulatória do representante estatal⁶¹⁷. Não se trata de um problema relacionado à legitimidade *ad causam* – como, a nosso ver, equivocadamente, pontuam alguns julgados⁶¹⁸ - pois lá está a parte legítima (o Ministério Público).

De toda forma, independentemente da discussão se se trata de ilegitimidade *ad causam* ou vício de capacidade postulatória, ou, quiçá, até mesmo de capacidade estar em juízo, o importante é ter em vista que haverá invalidade desde a denúncia⁶¹⁹, acarretando a imprestabilidade de todo o processo.

Quanto ao Ministério Público, poderá sim haver outros tipos de problemas de capacidade postulatória, que não envolvem, precisamente, pressuposto de validade (de dedução da demanda), mas dizem respeito à regularidade da ulterior atuação profissional. Não é possível que promotores de justiça⁶²⁰ (competência estadual) ou procuradores da República (Justiça Federal) atuem perante os Tribunais de 2º grau (Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais) e mesmo nos Tribunais Superiores, em que há membros específicos para participarem do processo nessas instâncias⁶²¹.

No que tange à ação penal privada, discussão maior existe, já que o advogado do querelante, ao ingressar em juízo, deve ter procuração para poder intentar a queixa crime.

⁶¹⁶ No item 3.3.3.2.2.1.

⁶¹⁷ Alguns poderiam vislumbrar aí problema relacionado à capacidade de estar em juízo. Não nos parece seja essa a visão mais correta, pois, sendo uno o Ministério Público (um só), não há que se falar em duas ou mais capacidades de estar em juízo, já que se trata de uma mesma parte. É melhor falar em capacidade postulatória dos membros do Ministério Público, que têm capacidade postulatória para praticar determinados atos, em sede de determinados juízos, instâncias e justiças.

⁶¹⁸ A título ilustrativo desse entendimento: STF, HC 68.269/DF, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 11.06.1991, v.u.

⁶¹⁹ “Competência, declinação, inquérito. A valia do inquérito realizado há de merecer exame pelo juízo competente. Competência – justiça federal versus justiça comum – Declinação, alcance. Uma vez assentada a incompetência da Justiça Federal, mostra-se insubsistente não só o ato de recebimento da peça primeira da ação penal como também o de formalização pelo Ministério Público Federal” (STF, 109.893/RS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 13.12.2011).

⁶²⁰ Discorrendo que os promotores de justiça carecem de capacidade postulatória frente aos tribunais superiores: STJ, AgRg na MC 110/RS, Ministro Relator Assis Toledo, 5.ª T., j. 21.11.1994 v.u.

⁶²¹ De toda forma, cabe anotar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em Questão de Ordem decidida em um Recurso Extraordinário, entendeu que, quando parte, o Ministério Público Estadual poderia sustentar oralmente as razões do seu recurso perante os Tribunais Superiores: STF, QO no RE 593.727/MG, Ministro Relator Cezar Peluso, Pleno, j. 21.06.2012.

Como bem afirma Fabrizzio Matteucci Vicente, ao tratar da capacidade postulatória, “não é suficiente que o advogado seja integrante dos quadros da OAB, é preciso que tenha procuração específica para atuar em determinado feito”⁶²². O que tem especial relevância nas ações penais de iniciativa privada, pois o artigo 44, do Código de Processo Penal, que deve “constar do instrumento de mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso”. Por isso, não se pode ter como válida uma procuração “com poderes gerais” para o advogado atuar na esfera cível e criminal, sem que seja discriminado o fato.

Obviamente, em prol do direito do acesso à justiça, do direito constitucional ao processo, não se deve ter uma concepção rigorosa quanto aos requisitos necessários para a validade da procuração, para a proposição da demanda. Basta individualizar o fato, sem a necessidade de descer a minúcias (pormenores)⁶²³, que deverão ser narradas na inicial⁶²⁴.

Por isso, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, mesmo que a procuração outorgada pelo querelante ao advogado seja um pouco genérica, o eventual vício de representação poderá ser sanado, desde que seja feito dentro do prazo decadencial⁶²⁵.

Outrossim, apesar de haver algum vício no instrumento de mandato (por exemplo, uma procuração sem poderes específicos), se a exordial acusatória contiver em seu bojo, além da assinatura do advogado, também a do querelante, não há razão plausível para não reconhecer a idoneidade da representação⁶²⁶.

Se houver um vício irremediável na capacidade postulatória, a hipótese será de invalidade dos atos praticados e não de inexistência jurídica.

⁶²² VICENTE, Fabrizzio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 186.

⁶²³ “... 1. É desnecessária à validade do processo da ação penal privada a descrição pormenorizada do fato criminoso na procuração outorgada pelo querelante a seu advogado. 2. Recurso improvido” (STJ, RHC 12.953/SP, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.ª T., j. 16.12.2004 v.u.)

⁶²⁴ O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, para individualizar o fato, basta indicar o tipo penal em que, em tese, estaria incurso o querelado. Também não é necessário o reconhecimento de firma do outorgante. Nesse sentido: STJ, HC 119.827/SC, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 15.12.2009, v.u.

⁶²⁵ Mostra-se acertado o posicionamento de alguns julgados da 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que eventual vício na procuração é sanável, **desde que observado o prazo decadencial**: STJ, HC 91.101/RJ, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 17.06.2008, v.u.; STJ, REsp 879.749/BA, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 26.06.2007, v.u. *Em sentido diverso dos demais*, segue o julgado da mesma 5.ª Turma, proferido em data bem próxima dos anteriores: STJ, HC 67.830/SC, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 10.05.2007, v.u. Recentemente, nesse último sentido, também a 6.ª Turma reputou que “eventuais vícios ou irregularidades no instrumento de mandato podem ser sanadas a qualquer tempo, mesmo após o decurso do prazo decadencial, nos termos do art. 569 do Código de Processo Penal. A falta de menção ao fato delituoso na procuração configura defeito sanável a qualquer tempo pois não interfere na legitimatio ad causam Precedente” (STJ, HC 131.078/PI, Ministra Relatora Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 6.ª T., j. 14.08.2012)(ementa – obs: ao ler o acórdão deste caso, verifica-se que o Relator, de fato, é o Sr. Vasco Della Giustina, sendo que, na internet, na página inicial de pesquisa, consta, equivocadamente, o nome de outra integrante da Turma, a Sra. Alderita Ramos de Oliveira)

⁶²⁶ Nesse sentido: STJ, HC 85.039/SP, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 05.03.2009, v.u.

Portanto, a demanda proposta por sujeito sem capacidade postulatória implicará invalidade, sendo a capacidade postulatória, nessa fase inicial do processo, pressuposto de validade, e não pressuposto de existência jurídica.

Frisa-se este ponto, pois poderia haver alguma dúvida se a falta de capacidade postulatória poderia implicar a inexistência jurídica do ato, já que o Código de Processo Civil, em seu artigo 37, parágrafo único, dispõe que os atos do advogado da parte, se “não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”⁶²⁷. Uma parte da doutrina processual também entende que se trata de inexistência jurídica⁶²⁸. Contudo, não há razão para reputar inexistentes os atos praticados por quem não tenha capacidade postulatória, já que agente há: ora, só não está presente a capacidade para atuar em juízo. Como bem afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “a ausência de procuração não compromete a existência do ato. Nessa medida, o processo eivado desse vício existe”⁶²⁹. Ainda que fosse possível interpretar como correta aquela previsão constante do CPC, quanto a uma suposta inexistência jurídica do ato praticado por alguém sem capacidade postulatória, cabe destacar que, com a edição da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), houve revogação do artigo 37, parágrafo único, do CPC, já que a Lei n. 8.906/1994 veio a cuidar da questão em lei posterior, e específica (especial).

Com efeito, o Estatuto da Advocacia prevê, em seu artigo 4.º, que “são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”. Da mesma forma, prevê o seu parágrafo único que “são também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia”

Mesmo que se entenda que não houve revogação de uma norma por outra, já que, supostamente, os referidos dispositivos legais cuidariam de situações diversas⁶³⁰, não é razoável interpretar que o ato praticado por um advogado, mas sem procuração, seria inexistente enquanto o ato praticado por um não advogado⁶³¹ seria nulo: ora, é muito mais

⁶²⁷ O parágrafo fala em prazo para o advogado regularizar a situação, sendo esse prazo previsto no artigo 37, *caput*, do Código de Processo Civil, o qual dispõe: “sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz”.

⁶²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 214.

⁶²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Sem Título. In: Antonio Carlos Marcato (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 104.

⁶³⁰ Pois se poderia entender que o artigo 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil, cuidaria da situação em que o advogado (, frise-se, o sujeito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil) não apresenta a procuração para representar os interesses do cliente enquanto o artigo 4, *caput*, bem como o seu parágrafo único, da Lei n.8.906/1994, diria respeito aos atos processuais praticados justamente por quem não seria advogado ou, sendo, estaria suspenso ou impedido de exercer a advocacia.

⁶³¹ Seja porque se trata de leigo ou de advogado cujo exercício profissional foi cassado.

grave esta situação em relação àquela. Não tem, portanto, qualquer lógica entender que o ato praticado por advogado sem mandato seria inexistente e o ato praticado pelo leigo (ou advogado suspenso) seria apenas nulo.

“Ora, o que é mais grave: ter defeito de representação, com procuração, ou por quem não é advogado? Parece que a conjugação dos dispositivos que procura manter em vigor o art. 37 do CPC em sua redação original inverte a gravidade dos vícios e toma inexistente o que, no máximo, deveria ser considerado nulo”⁶³².

Em se tratando de falta pressuposto processual de validade do processo, o vício de falta de capacidade postulatória, em vez de gerar alguma nulidade, implicará a extinção do processo⁶³³. Caso, mesmo assim, tenha sido praticado algum ato processual (sem que fosse extinto o processo), não podendo o juiz determinar a realização compulsória do ato (já que, nesse caso, trata-se de ato privativo da parte, de dedução da demanda), haverá invalidade, e não, propriamente, nulidade.

3.3.2.2.5. Competência e imparcialidade do magistrado.

Para a existência do processo, como já foi dito, é necessário que o juiz, antes de tudo, seja membro do Poder Judiciário: uma vez sendo investido da função jurisdicional, em tese, poderá julgar qualquer caso, já que a jurisdição é una.

Em que pese tenha poder jurisdicional para julgar qualquer processo, nem sempre terá legitimidade para tanto, pois a lei não lhe dá atribuição para analisar certas causas.

Essa legitimidade, ou atribuição legal, ou - fazendo-se uma analogia com a seara privada: capacidade - é o que se convencionou denominar por competência no processo.

É comum falar em competência como medida de jurisdição, o que, como lembra a doutrina, não é uma conceituação inteiramente correta, pois a jurisdição é una e indivisível: melhor definir a competência como o “âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferida a cada órgão jurisdicional”⁶³⁴. Como regra, a competência é repartida entre os juízes, haja vista que, no território nacional (e dadas suas proporções continentais) há milhares de juízes para julgar milhões de causas. Sendo assim, deve haver repartição de trabalho entre os membros do Poder Judiciário para conhecer e analisar determinadas matérias, de modo que nem todas as questões poderão ser conhecidas e julgadas por todos. Em seara penal, a competência ganha outros contornos, já que representa uma garantia maior, sobretudo ao réu e ao investigado (em sede de inquérito), consubstanciada na premissa de que não

⁶³² VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 188.

⁶³³ Conforme se infere da leitura do artigo 395, II, do Código de Processo Penal (rejeição da acusação por falta de pressuposto processual).

⁶³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 148.

haverá tribunais de exceção ou tribunais constituídos *ex post facto*, instituídos, no passado, para perseguir pessoas consideradas hostis a dada ordem política. Pelo exposto, o vício de competência, em seara penal, geralmente tem consequências muito mais “drásticas”, em termos de invalidade, se comparadas às que, em geral, ocorrem no processo civil. Por isso, tanto o penalista quanto o civilista se olham com alguma surpresa e estranhamento nessa matéria, em se tratando do modo como se disciplinam os vícios que afetam a competência, pois o civilista tende a aproveitar todos os atos praticados com algum vício de competência enquanto o penalista tende a reputá-los todos imprestáveis.

Vistos, em linhas gerais, os norteamentos da competência no processo penal, tem-se, portanto, que nem todos os juízes terão legitimidade para julgar determinada causa. A competência é determinada mediante a obediência a regras previamente estabelecidas pela Constituição e pelas normas do ordenamento jurídicos.

Pressupõe-se, neste trabalho, que o juiz natural não se refere tão-somente ao juiz *constitucionalmente* competente, mas também diz respeito ao juízo *legal*, previamente competente à época do ato. A Constituição, ao prever a competência, pressupõe a ordem legalmente estabelecida, chegando, em certos casos, a remeter toda a esquematização e estruturação do assunto ao legislador infraconstitucional (conforme ocorreu nos crimes de menor potencial ofensivo). É pouco, por isso mesmo, dizer que o juiz natural se referiria apenas ao juiz constitucionalmente competente. Como bem afirma Gustavo Henrique Righi Badaró, “o juiz natural, sob o aspecto formal, exige que o juiz seja determinado por lei. A Constituição, ao disciplinar as diversas ‘Justiças’, exige que suas competências sejam determinadas por lei”⁶³⁵. No ponto, entende-se que até mesmo a mudança na legislação infraconstitucional, com mudança da competência, poderá ferir o juiz natural. Haja vista a necessidade de já haver um juízo competente, verificável segundo as leis vigentes à época do fato, não poderá haver alteração da competência dos processos já em curso por uma lei posterior, ou, pior ainda – como, às vezes, acontece -, por resolução.

Ao ser previamente competente, há uma presunção (relativa) de que o magistrado seja imparcial. Afinal, de nada valeria a garantia de um juiz competente se não houvesse imparcialidade. Por isso, fala-se, corretamente, que “a imparcialidade é *conditio sine quae non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita”⁶³⁶.

Há uma ligação quase que umbilical entre juiz natural ou competente e o juiz imparcial. Sempre que houver alguma ofensa ao juiz natural haverá razões para se duvidar da imparcialidade do magistrado. Contudo, nem sempre o juiz competente será, via de regra, imparcial. O juiz é um ser humano e, como todo ser humano, está sujeito a falhas e

⁶³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 648.

⁶³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 09.

“susceptibilidades”⁶³⁷. Há causas previstas na lei que fazem com que o legislador desconfie da isenção de espírito do magistrado. A respeito disso, dispõe a lei acerca das hipóteses de impedimento⁶³⁸, incompatibilidade⁶³⁹ e suspeição⁶⁴⁰. Caso um juiz, nessas condições, venha a julgar um caso, haverá algum tipo de invalidade.

Para um juiz ser imparcial ele precisa, também, ser independente.

Em prol dessa independência, são justificáveis algumas prerrogativas, que servem para impedir que sobre o magistrado haja qualquer tipo de pressão em relação à sua livre convicção⁶⁴¹. Não se trata, portanto, de um privilégio. A Constituição da República prevê,

⁶³⁷ Demonstrando que, a rigor, não se pode pleitear a neutralidade do juiz, sendo que, muitas vezes, o estado de espírito do magistrado, eventualmente, em algumas circunstâncias, pode torná-lo uma pessoa suspeita para julgar a causa: KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: LTr, 2012; PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. 2.^a ed. Campinas: Millennium, 2003.

⁶³⁸ Art. 252, do Código de Processo Penal: “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito”. O artigo 255, do CPP, dispõe: “o impedimento u suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo”

⁶³⁹ Art. 253, do Código de Processo Penal: “Nos júzcos coletivos, não poderá servir no mesmo processo os júzcos que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive”

⁶⁴⁰ Art. 254, do Código de Processo Penal: “O juiz dar-se-á por suspeito e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV – se tiver aconselhado qualquer das partes; V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

⁶⁴¹ Muito tem sido discutida a influência da imprensa nos julgamentos. A respeito do assunto: VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: RT, 2003. Ainda que seja preocupante a influência da imprensa e, em alguns casos, os julgamentos sumários feitos pelos meios de comunicação, não se pode, sob qualquer hipótese ou argumento, cercear a liberdade de imprensa, a não ser que se pretenda copiar o atual modelo argentino de “democracia”. Abusos, de todo modo, devem ser apurados e punidos. Como disse o Ministro Eros Grau, em brilhante passagem de seu voto: “a imprensa livre é por certo indispensável à plena realização da democracia. Por isso ela há de ser necessariamente imune à censura. Para que possa esclarecer a sociedade, a quem deve servir, mesmo porque o titular da imunidade à censura é o povo, não o proprietário do veículo. A alusão que aqui faço a determinados desvios, bem determinados, evidentemente não pode ser tido como desconsideração ou menosprezo, de minha parte, do papel fundamental desempenhado pela imprensa na democracia. Reporto-me a desvios cuja substancialidade não pode ser negada” (STF, Inq. 2.245/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 28.08.2007)(fl. 837-A, do acórdão). Também a nossa Presidente da República, Dilma Rousseff, bem afirmou que “**é sempre preferível o ruído da imprensa livre do que o silêncio da ditadura**” (Consulte-se em: <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/disseram/dilma-rousseff-e-sempre-preferido-o-ruído-da-imprensa-livre-do-que-o-silêncio-da-ditadura/>). Mais recentemente, para tratar do tema, houve a edição de uma obra para falar dos abusos relacionados à imprensa no julgamento da Ação Penal Originária 470 (conhecida como o processo do Mensalão): PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: *LiberArs*, 2013. No ponto, seria interessante se também fossem abordados os abusos de setores da mídia e das redes sociais para patrulhar não só os Ministros que foram contra a condenação,

no artigo 95, *caput*, garantias ao juiz como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, de modo a garantir que possa haver ingerências contra o juiz, para poder influir nas suas decisões. A Constituição também estabelece vedações ao juiz (art. 95, parágrafo único), de modo a garantir essa mesma independência. O juiz ostenta independência em relação aos demais poderes (independência externa), sendo que, também dentro do próprio Poder Judiciário, há independência, não havendo que se falar em qualquer hierarquia entre seus membros. O magistrado é livre para julgar conforme sua consciência, não estando, por isso, atrelado a qualquer órgão dentro do Judiciário.

Havendo algum vício, seja da competência do juiz, seja de imparcialidade, ou até mesmo de independência, haverá alguma invalidade. Assim dispõe o artigo 101, do Código de Processo Penal, ao afirmar que “uma vez julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal”. Também o artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal, afirma que haverá nulidade se o magistrado for suspeito.

Alguma controvérsia gera a hipótese de impedimento, já que, segundo o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 37, parágrafo único, os atos praticados por juiz impedido seriam inexistentes. Parte da doutrina se inclina a sustentar que os atos praticados por juiz impedido seriam inexistentes⁶⁴², enquanto outra parcela os reputa nulos⁶⁴³.

Neste trabalho, entende-se que inexistente só é o ato praticado por alguém que não é juiz. Todos os demais casos serão tratados à luz da invalidade. A rigor, não há diferença substancial entre um ato praticado por um juiz suspeito e outro por juiz impedido: ambos não detêm a isenção de espírito necessária para efetuar um bom julgamento. Não há razão para diferenciar as hipóteses de impedimento e de suspeição no que tange à consequência jurídica, a ponto de se concluir que, em um caso, haveria inexistência e, no outro, nulidade.

A única diferença é que, enquanto em um caso (tanto no impedimento quanto na incompatibilidade), a falta de isenção de espírito fica constatada de modo mais objetivo, no outro é preciso verificar mais a fundo certas circunstâncias do caso concreto (suspeição), como amizade ou inimizade íntima⁶⁴⁴.

mas também daqueles que se mostraram favoráveis à condenação. A esse respeito, inclusive, em um episódio lamentável, um blog chegou a colocar a imagem do Ministro Joaquim Barbosa, um homem negro, ao lado da de um macaco. A respeito disso, consulte-se: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1347552-site-pro-dilma-que-associou-barbosa-a-macaco-e-motivo-de-constrangimento-para-planalto.shtml>.

⁶⁴² BREDA, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, p. 120; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, p. 130, nota de rodapé n. 10; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 433

⁶⁴³ Considerando como nulidade a hipótese é o entendimento de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, o qual, aliás, cita decisão do STJ (HC 13.701/SP), nesse sentido (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, p. 192, nota de rodapé n. 14).

⁶⁴⁴ Dada essa necessidade comprobatória, é por isso que o Ministro Marco Aurélio estatui que “suspeição de órgão julgante há de ser demonstrada de forma robusta, não sendo concebível a partir da existência de decisões contrárias aos interesses de uma das partes” (STF, HC 105.538/GO, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 10.04.2012, v.u.)(p. 09, do acórdão).

De toda forma, o artigo 112, do Código de Processo Penal⁶⁴⁵, unifica o tratamento de jurídico de todas essas hipóteses com o conferido às hipóteses de suspeição, devendo-se concluir que, também para as hipóteses de impedimento, a resposta conferida pelo sistema legal é a nulidade. Nesse sentido, aliás, é o entendimento dos tribunais, citando-se, a esse respeito, os precedentes relatados pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura⁶⁴⁶.

Todas essas hipóteses, por configurarem pressuposto de validade do processo, não estão sujeitas a prazos preclusivos. Podem ser alegadas a qualquer tempo.

Portanto, o vício de incompetência não está sujeito à preclusão.

Apesar de o artigo 107, do Código de Processo Penal, falar, a princípio, que a exceção de incompetência deve ser alegada no prazo da defesa, o fato é que, mais adiante, no artigo 109, o Código discorre que “se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte”⁶⁴⁷.

Ora, sendo assim, se o juiz pode decretar a sua incompetência em qualquer fase do processo, chega-se à conclusão de que o vício pode ser alegado (pela parte) e pronunciado a todo tempo pelo juiz, não havendo, portanto, um prazo preclusivo para a parte suscitar a incompetência. Afinal, não teria sentido o juiz poder reconhecer a sua incompetência a qualquer tempo se a parte, em contrapartida, não pudesse suscitar a questão.

Além do mais, quando tratarmos da análise legal das nulidades, no próximo capítulo⁶⁴⁸, verificaremos que a incompetência não é tratada como um vício sanável, não estando ele elencado nas hipóteses do artigo 572 *caput*, do Código de Processo Penal, o que confirma que não há qualquer prazo preclusivo.

⁶⁴⁵ Art. 112, do Código de Processo Penal: “O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, **seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição**” (grifamos). Sendo assim, se, ao final do processo de suspeição, o juiz declara nulos os atos praticados pelo juiz suspeito (segundo art. 101, CPP), o mesmo vale para as hipóteses de impedimento e incompatibilidade.

⁶⁴⁶ STJ, HC 172.009/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 23.11.2010, v.u.; STJ, HC 53.528/MS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 28.04.2009, v.u.

⁶⁴⁷ A lei não faz qualquer ressalva quanto ao vício de competência. O juiz pode pronunciar sua incompetência por qualquer motivo. Isso reforça o entendimento de que, em processo penal, não existem incompetências relativas, cujos vícios seriam sanáveis com a mera ação do tempo. Portanto, não há como dar aplicação à súmula n. 33, do Superior Tribunal de Justiça, que discorre que “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Por esse mesmo argumento, tampouco pode ser conferido qualquer valor ao teor da súmula n. 706, do Supremo Tribunal Federal, de que seria “relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

⁶⁴⁸ No item 4.4.2.

Para todos os efeitos, a incompetência, qualquer que seja ela no processo penal, sempre será nulidade de ordem absoluta, a qual, conforme poderemos examinar, equivale a vício processual que, em regra⁶⁴⁹, não pode ser sanado pelo decurso do tempo.

Visto isso, podemos chegar a algumas conclusões quanto a esse pressuposto de validade do processo. Pois bem, o juiz, ao fazer juízo de admissibilidade da demanda, poderá, quanto à incompetência, tomar algumas atitudes.

Em primeiro lugar, (1) caso o magistrado entenda-se incompetente (ainda que constitucionalmente incompetente) ou mesmo impedido ou suspeito, **logo no início do processo** (no juízo de admissibilidade da acusação) deverá, com fulcro no artigo 109⁶⁵⁰, do Código de Processo Penal, simplesmente remeter os autos ao juízo competente⁶⁵¹.

Caso, mesmo sendo incompetente, (2) o juiz, ainda assim, receba a acusação e dê prosseguimento ao processo, haverá duas situações possíveis, em se tratando de (2-a) vício de incompetência prevista na lei ou (2-b) incompetência prevista na Constituição. No primeiro caso, haverá (2-a) ausência de pressuposto de validade, devendo a incompetência ser reconhecida ao longo do curso do processo (seja por exceção, seja de ofício), anulando-se os atos praticados, *desde o recebimento da denúncia*⁶⁵², com a remessa do feito ao juízo competente; (2-b) caso se trate de incompetência constitucional, a incompetência também

⁶⁴⁹ Coloca-se em regra, pois será visto adiante que, por inexistir revisão criminal contra o acusado em nosso ordenamento jurídico, não se pode proclamar qualquer nulidade do procedimento após o trânsito em julgado da sentença absolutória ou extintiva da punibilidade.

⁶⁵⁰ O artigo 109, CPP, dispõe: “se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior”. A parte a que faz remissão o artigo refere-se ao artigo 108, § 1.º, CPP, que fala que o feito será remetido ao juízo competente, “onde, ratificados os atos anteriores, o processo seguirá”. No ponto, os artigos 109 e 108, do CPP, devem ser lidos com certa reticência, ao falarem que os atos podem ser ratificados, já que, quando houver vício de incompetência, será difícil aproveitar os atos anteriores, pois, como regra geral, reputam-se nulos os atos decisórios (o recebimento da acusação, inclusive). E mesmo que ainda não tenha havido recebimento da acusação, ainda que o juiz verifique o vício de incompetência no limiar do processo, nem sempre os atos anteriores poderão ser todos aproveitados, já que o juiz incompetente pode ter tomados algumas decisões (busca e apreensão, autorização de interceptação telefônica, quebras de sigilo, etc.) que também deverão ser consideradas nulas.

⁶⁵¹ Caso se entendesse que haveria inexistência jurídica em caso de justiça constitucionalmente incompetente, essa remessa dos autos pelo magistrado incompetente ao juízo competente não seria possível, pois caberia ao juiz, apenas, declarar a inexistência do processo.

⁶⁵² Com todo respeito, mas se equivoca Thiago André Pierobom de Ávila ao falar que seria possível uma suposta “ponderação” de valores, entre juiz natural e eficiência, para considerar possível a ratificação da decisão de recebimento proferida pelo magistrado competente. O Autor assim fala: “a ponderação de interesses em relação a garantias processuais não é qualquer inovação, mas faz parte do trabalho cotidiano dos operadores do direito processual penal. Quando o STF permite que o juiz ratifique a decisão de recebimento da denúncia proferida pelo juiz absolutamente incompetente, está realizando uma ponderação de interesses sobre a garantia processual do juiz natural e a eficiência do processo” (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, 2007, p. 104). No caso, o que se quer é validar os efeitos de uma decisão nula e, naturalmente, ineficaz. Não concordamos com o exposto. Na espécie, a própria lei já fez essa ponderação, ao dispor, no artigo 567, do Código de Processo Penal, que todos os atos decisórios são nulos e ao estatuir a causalidade nas nulidades (artigo 573, §§), Se o recebimento da acusação é uma decisão, e a primeira de todas, sendo ela nula, haverá, como consequência, a nulidade de todo o restante do processo.

poderá acarretar, em alguns casos, a ausência de atribuição do próprio acusador (por exemplo, uma denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em vez do Ministério Público Estadual), o que implicará a invalidade *desde a denúncia*, por falta de capacidade postulatória do representante ministerial⁶⁵³. Nesse último caso, não haverá nulidade, mas sim invalidade total do feito (isto é, *sem possibilidade de repetição dos atos do processo*), pois o magistrado incompetente não vai poder remeter o feito à justiça competente para renovação dos atos praticados, já que se trata de hipótese em que caberá, antes, ao acusador “competente” (isto é: com capacidade postulatória) apreciar se será o caso de ser proposta nova acusação.

3.3.2.2.6. Motivação idônea no ato decisório que recebe ou rejeita a acusação.

O recebimento da acusação, por meio de uma decisão devidamente fundamentada, corporifica um dos pressupostos de validade do processo, pois, sem ele, todos os demais atos praticados deverão ser reputados nulos. É estranho o fato de, na doutrina, essa importante decisão não ser apontada como um autêntico pressuposto de validade de todo o processo penal. Também sempre foi curiosa a interpretação que se vinha dando ao ato, sendo a decisão de admissibilidade da acusação vista como um mero despacho, em relação ao qual seria prescindível fundamentação. Por conta desse entendimento, os juízes davam muita pouca importância ao ato, recebendo acusações de qualquer modo (sem motivação).

Na verdade, até bem pouco tempo, não era muito incomum verificar que o ato de recebimento da acusação se dava apenas com um mero carimbo⁶⁵⁴, com o seguinte modelo:

⁶⁵³ Os que entendem que, na hipótese, haveria inexistência jurídica por vício de competência constitucional, discorrem que, por isso, haveria completa imprestabilidade do processo (inexistente). Não pensamos assim. No ponto, haverá imprestabilidade do processo porque, no caso, desde o início, o acusador não tinha capacidade postulatória (por exemplo: o procurador da República, como regra geral, não pode atuar na esfera estadual). Cabe só frisar, mais uma vez, que nem sempre a incompetência constitucional implicará a falta de capacidade do acusador, podendo-se, em alguns casos, ser aproveitada a denúncia oferecida. Pense-se na hipótese de incompetência do júri, em que o juiz ou o conselho de sentença entenda que o crime não seria doloso contra a vida. Nesse caso, o processo não deverá ser considerado inteiramente imprestável. Assim ocorre porque, no caso, a atribuição para acusar é, em regra, do membro ministerial com a mesma atribuição para atuar na Justiça. Então, a denúncia oferecida por promotor da Vara do Júri poderá ser aproveitada pelo promotor das varas comuns (trata-se de dois membros do Ministério Público estadual). O que não poderá ser aproveitado é o processo, a partir da decisão de recebimento da denúncia, já que a decisão é nula por ter sido proferida por autoridade jurisdicional incompetente.

⁶⁵⁴ Denúncia não pode ser recebida por carimbo. A esse respeito, vale a pena transcrever a ponderação do Ministro Gilmar Mendes nos autos do Inquérito 2.245/MG: “na semana passada, discutíamos, em relação a um caso vinculado a este complexo evento, o recebimento da denúncia. E eu dizia da importância desta fase de defesa prévia no âmbito de primeiro grau. E lá se dizia, então, que as denúncias são recebidas com um carimbo. Claro que eram descrições, e não elogios, porque denúncia não pode ser recebida com carimbo” (STF, Inq. 2.245/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 28.08.2007)(fl. 843, do acórdão).

“J. CONCLUSOS. RECEBO A ACUSAÇÃO, CITE-SE O RÉU PARA A AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO⁶⁵⁵, DESIGNADA PARA O DIA __/__/__, às ____:____”.

Isso, obviamente, tornava bem cômoda a rotina de alguns juízes, que, não raro, recebiam, automaticamente, acusações infundadas, sem analisar, mais detidamente, os seus pressupostos e requisitos de admissibilidade⁶⁵⁶. Curiosamente, só para o ato de rejeição da acusação entendia-se necessária a motivação. O próprio Código de Processo Penal apenas fala em motivação da decisão que rejeita a acusação, e não da que a recebe, fazendo uma inversão de valores, pois, como bem pontua o Ministro Nilson Naves, “se se exige a rejeição da denúncia (ato negativo) em despacho fundamentado, também a decisão que a recebe (ato positivo) há de ser, sempre e sempre, devidamente fundamentada”⁶⁵⁷.

Os julgados mais antigos, para não reconhecerem a nulidade da decisão não-motivada, discorriam que o ato se consubstanciava em um mero “despacho com conteúdo decisório”, não sendo uma genuína decisão, razão porque seria desnecessária a motivação.

Evidentemente, a explicação não convencia, sendo curiosa a própria construção do termo “despacho com conteúdo decisório”, que, em seu bojo, envolve uma combinação de termos que, do ponto de vista estritamente técnico, são absolutamente contraditórios.

No fundo, o que essa construção de cunho salvacionista⁶⁵⁸ pretendia - nos casos de incompetência de juízo, *sobretudo quando a incompetência era reconhecida em fase bem avançada do processo* (sentença ou grau de recurso) - era evitar a nulidade da decisão de recebimento da acusação, evitando-se o reconhecimento da invalidade de todo o processo.

Então, ao não se reconhecer a nulidade do recebimento da acusação (afinal, por essa interpretação, não sendo um ato decisório, não seria nulo), se conseguiria emprestar alguma operacionalidade ao artigo 567, do CPP⁶⁵⁹, procurando-se, com isso, resguardar a eficácia de alguns atos praticados no processo anulado (os instrutórios).

⁶⁵⁵ Na época, obviamente, em que, no procedimento comum, o interrogatório era o primeiro ato.

⁶⁵⁶ Nilzardo Carneiro Leão já diagnosticava o exposto, em 1964, ao mencionar: “praticamente impossível, na atualidade, em qualquer Juízo criminal das comarcas de grande movimento, ao órgão jurisdicional, a apreciação, quando do recebimento da denúncia, queixa, portaria ou auto de prisão em flagrante por contravenção, do previsto no art. 43 do Código de Processo Penal” (LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Do despacho saneador no processo penal brasileiro*. Recife: Imprensa Universitária, 1964, p. 39)

⁶⁵⁷ STJ, HC 76.319/SC, Ministro Relator Nilson Naves, 6.ª T., j. 11.12.2008, v.u. (ementa).

⁶⁵⁸ Interpretação salvacionista, haja vista a finalidade única de salvar a aplicação do art. 567, do Código de Processo Penal. A respeito disso: GOMES, Luiz Flávio. “Garantias constitucionais e nulidades processuais”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 1, n. 4, maio/1993.

⁶⁵⁹ Haverá oportunidade de analisar o artigo 567, do CPP, mais à frente, o qual dispõe: “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”. Na época, havia alguma lógica na redação desse dispositivo, pois, antigamente, se entendia que o recebimento da acusação não implicava decisão: ora, não sendo uma decisão, o ato poderia ser “confirmado” pelo juízo competente. Hoje, não tem muito sentido, ou operacionalidade, esse dispositivo, pois, reconhecendo-se que a falta de fundamentação da decisão de recebimento implica nulidade, é óbvio que a nulidade se comunicará aos demais atos praticados no curso do processo instaurado perante autoridade incompetente, inclusive aos instrutórios, sendo que, prativamente, nada poderá ser “salvo” desse dispositivo.

Mais antigamente, eram bem raros os julgados que reconheciam a necessidade de fundamentação do recebimento da acusação, podendo-se citar, a esse respeito, a título exemplificativo, a decisão proferida por Sylvia Steiner, a qual já considerava, na década de 1990, que “a decisão de recebimento da denúncia deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para o que faz-se mister o conhecimento das razões de decidir. Infringência dos arts. 93, IX, e 5.º, LV, da CF. 7. Ordem concedida em parte para anular a decisão de recebimento da denúncia para que outra seja proferida, fundamentadamente” (TRF3.^a R. – HC – Rel. Sylvia Steiner – DJU 12.06.1996, p. 40076 – Bol. IBCCRIM 44/157)”⁶⁶⁰.

Aos poucos, esse (correto) entendimento, quanto à necessidade de fundamentação do recebimento da acusação, foi sendo aplicado com maior frequência (embora com renitência), mais especialmente nos procedimentos em que prevista defesa preliminar⁶⁶¹, como ocorre, por exemplo, no caso dos funcionários públicos, ou da Lei de Drogas⁶⁶².

Somente nos últimos anos é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência (ainda que com alguma resistência⁶⁶³) passaram a entender, de forma *relativamente* harmônica⁶⁶⁴, que qualquer recebimento da acusação, por ser uma decisão, precisa ser motivado.

Portanto, caso não tenha havido decisões fundamentadas quanto à admissibilidade da acusação, haverá nulidade, por ausência de requisito de validade do processo.

No ponto, propriamente, trata-se de nulidade, porque os atos inválidos deverão ser refeitos, desde a decisão de recebimento da acusação.

Portanto, uma vez anulado o processo anterior, por vício de incompetência, os autos deverão ser remetidos ao juízo competente, o qual terá que analisar todas as questões

⁶⁶⁰ NINNO, Jefferson. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 2, p. 428.

⁶⁶¹ Antigamente, só alguns procedimentos admitiam defesa preliminar. Hoje, com as reformas processuais penais de 2008, entendemos que todos os procedimento têm alguma forma de defesa preliminar.

⁶⁶² “... Nos procedimentos especiais em que o legislador exigiu defesa preliminar, é evidente a necessidade de motivação da decisão que recebe a denúncia, eis que, nesse tipo específico de procedimento, faculta-se à parte a manifestação pretérita ao ato decisório que deflagra a ação penal, podendo ela, inclusive, ofertar provas, tudo em homenagem ao princípio constitucional do contraditório. 3. A ausência de análise das preliminares suscitadas pelo denunciado em defesa preliminar constitui vício que macula o procedimento e requer a declaração de sua nulidade como forma de cessar o constrangimento...” (STJ, HC 89.765/SP, Ministra Relatora Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.^a T., j. 26.02.2008, v.u.)(ementa).

⁶⁶³ Ainda, recentemente, é possível se deparar com decisões que reputam não existir qualquer dever de motivação quanto á decisão de recebimento da acusação. Nesse sentido: STJ, HC 142.078/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 25.10.2011, v.u.

⁶⁶⁴ Utilizou-se o termo: “relativamente harmônica”, pois há decisões que ora negam e que ora afirmam que o recebimento da acusação tem que ser motivado. Rafael Serra Oliveira, a esse respeito, elenca duas decisões proferidas em espaço de poucos meses pelo STF, uma afirmando e a outra negando o direito à motivação da decisão de recebimento da acusação. Consulte-se: OLIVEIRA, Rafael Serra. “O titubeante posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a incontestável necessidade de fundamentar-se a decisão de recebimento da denúncia”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 222, maio/2011.

de direito e de fato referentes à admissibilidade da demanda (em decisão idônea⁶⁶⁵), não podendo reaproveitar a antiga decisão de recebimento tampouco o processo anulado.

3.3.2.2.7. A citação regular.

A citação regular do acusado é pressuposto de validade do processo.

Igualmente ao mencionado para a hipótese de falta de demanda, também não se considera a citação um pressuposto de existência do processo.

No ponto, portanto, a citação constitui pressuposto de validade do processo, sendo um pressuposto para a regularidade do procedimento.

A esse respeito, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “convém, desde logo, fixar entendimento a respeito da natureza do vício causado pela falta de citação. Trata-se, indiscutivelmente, de ato essencial à regularidade do procedimento, pois viabiliza o contraditório. Mas, ainda que o réu não citado permaneça ausente, processo existiu. Há nulidade absoluta, que deve ser reconhecida de ofício. Apenas isso”⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Não é idônea, por exemplo, uma decisão que receba a acusação com base, apenas, no “*in dubio pro societate*”. Nesse sentido, seguem as ponderações da Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “ao contrário do pontuado pela Corte Local, por mais que se queira propalar a máxima de que, no átrio da ação penal, teria força a máxima *in dubio pro societate*, em verdade, tal aforisma não possui amparo legal, nem decorre da lógica do nosso sistema processual penal, constitucionalmente orientado. A tão só sujeição ao juízo penal já representa, per se, um gravame, cuja magnitude Carnelutti já dimensionava como verdadeira sanção. Desta forma, é imperioso que haja razoável grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios. Trata-se de uma das fases do escalonamento da cognição, que se inicia pelo indiciamento, passa pelo recebimento da acusação e se termina com a sentença, recebendo a pá de cal com o trânsito em julgado” (STJ, HC 175.639/AC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 20.03.2012, v.u.)(p. 10, do acórdão). No Supremo Tribunal Federal, censurando essa linha de argumentação, foi o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes: “não subscrevo – devo dizer também com toda clareza e já havia anotado ontem – a afirmação feita pelo eminente Relator no sentido de que no **judicium accusationis** há que entender aqui, regido pelo princípio do **in dubio pro societatis**. Não subscrevo, faço reparos como temos feito reparos inclusive na tradição que se acostumou desenvolver um juízo que se faz na pronúncia: se não houver indícios mínimos de autoria, nós não devemos receber a denúncia. Não devemos consagrar, acredito, fórmulas genéricas que podem levar a resultados ameaçadores para o princípio do Estado de direito. Mas no caso específico, S. Exa. não se limitou a esta afirmação genérica” (STF, Inq. 2.245/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 28.08.2007)(p. 845-846, do acórdão).

⁶⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 463. O Autor, apesar de não concordar que a citação seja pressuposto de existência do processo, rechaça que seja um pressuposto de validade, já que entende que, no caso, réu não citado é terceiro à relação, não estando sujeito à imutabilidade da decisão. Assim se manifesta: “a tese da inexistência do processo, nesse caso, não satisfaz. A solução do problema não pode ser dada simplesmente com fundamento na premissa de que a citação é pressuposto de existência do processo. A questão é mais complexa, mesmo porque a própria classificação dos pressupostos processuais é controvertida. Se réu não citado permanece ausente é considerado terceiro – e, nessa condição, não está realmente sujeito à imutabilidade da sentença, tendo em vista os limites subjetivos da coisa julgada. Quanto a esta assertiva inexistente dúvida. Tanto é verdade que a questão pode ser suscitada em embargos à execução, ainda que vencido o prazo para a ação rescisória (CPC, art. 741, I)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 463)

A citação não pode ser pressuposto de existência do processo, pois, como se disse, processo já existe antes dela, desde o oferecimento da ação.

A esse respeito, ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco que “antes da citação do demandado há no processo uma *relação processual linear*, tendo como figurantes o demandante e o Estado. Proposta a ação através do ajuizamento da petição inicial (CPC, art. 263) ou da denúncia ou queixa-crime (CPP, art. 41), nasce já para o Estado-juiz um dever de natureza processual (dever de despachar); se a inicial é indeferida, tem o autor a faculdade (processual) de recorrer aos tribunais (CPC, art. 513; CPP, art. 581, inc. I). Pois tudo isso é processo e aí já estão algumas das posições jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual”⁶⁶⁷.

No ponto, esse foi, justamente, o entendimento adotado pelo próprio Código de Processo Penal, que dispõe, no artigo 363, que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. Sendo assim, processo já existe antes da citação, aperfeiçoando-se (em termos de validade) com ela.

No ponto, a confusão que se faz com a hipótese de inexistência é, em parte, explicável, **pois, o que a ausência ou a imperfeição da citação poderão acarretar é a inexistência da formação da coisa julgada, por falta de ciência do acusado quanto à sentença proferida**. Nesse caso, sem ciência da sentença, obviamente não começa a correr o prazo para ele recorrer, sendo, por isso mesmo, obstada a formação da coisa julgada.

Caso, ainda assim, seja certificado o trânsito em julgado da decisão, não será hipótese de *inexistência do processo* (o processo, a rigor, já existe), mas de *inexistência de formação da coisa julgada*, o que é coisa diversa.

Cabe frisar que isso (*inexistência de formação da coisa julgada*) é mais comum ocorrer no processo civil, em que o réu pode ser demandado à revelia.

No processo penal, mesmo que o feito prossiga com vício de citação, ainda assim, no momento da prolação da sentença, deverão ser intimados o acusado e o seu advogado.

Então, dificilmente, no processo penal, o acusado não será intimado da sentença, sendo que, uma vez ciente dela, começará a correr, normalmente, o prazo para o recurso.

Nessa última hipótese (de acusado não regularmente citado, mas, ainda assim, intimado da sentença), se houver transcurso do prazo recursal, haverá formação de coisa julgada (que existe, juridicamente falando), ainda que contaminada pela invalidade. Nesse caso, ela poderá ser combatida por alegação de nulidade, e não de inexistência jurídica.

Nesses casos, faltando o ato citatório, ou – ainda que praticado, sendo de tal modo imperfeito, faltarão o pressuposto de validade do processo. A esse respeito, antecipando um

⁶⁶⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 305. Neste mesmo sentido, de que processo já existe antes mesmo da citação: VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 192.

pouco o assunto, a falta de citação ou mesmo, eventualmente, sua realização defeituosa, são hipóteses que, em regra, darão ensejo à nulidade do processo, desde a citação nula.

Deve o magistrado reconhecer a nulidade da citação, ordenando a repetição do ato, com a conseqüente decretação da invalidade de todos os demais atos subseqüentes⁶⁶⁸. Trata-se de vício insanável, não sujeito à preclusão. É hipótese, assim, de nulidade, como poderemos verificar, de ordem absoluta, não sujeita à preclusão. A esse respeito, consulte-se o artigo 572, CPP, o qual não elenca os vícios da citação como sendo sanáveis.

3.3.2.2.8. Da originalidade da demanda: ou melhor, da ausência dos pressupostos processuais negativos (litispendência e coisa julgada).

Por final, deixamos para uma análise mais acurada o pressuposto de validade processual pautado(s) na originalidade da demanda. Não pode ser valido o processo para discutir um fato já em julgamento ou mesmo um fato já julgado.

Sobretudo em direito penal, não é possível haver dupla persecução penal para apurar os mesmos fatos. Incide, aí, também, com toda a sua força o princípio do *ne bis in idem*, previsto no Pacto de São José da Costa Rica.

Na doutrina, é comum a doutrina falar em pressupostos negativos de validade do processo em vez, propriamente, de pressuposto de originalidade da demanda.

No ponto, neste trabalho, prefere-se o uso do termo pressupostos de originalidade da demanda, consubstanciados na ausência de litispendência e de coisa julgada, conforme denominação utilizada por Antonio Acyr Breda⁶⁶⁹.

Assim nos parece mais acertado o uso do termo pressuposto de originalidade da demanda, pois o artigo 395, do CPP, em seu inciso II, fala que haverá rejeição da acusação se **faltar** pressuposto processual (ou seja, no caso, se faltar pressuposto originalidade). Nesse sentido, é melhor falar em falta de pressuposto processual de originalidade da demanda (em termos positivos) a falar em *ausência de pressuposto processual negativo*, como, às vezes, usa a doutrina, pois, se for utilizada essa locução, é justamente a presença (e não a **falta**) do pressuposto processual negativo que acarretará a rejeição da imputação.

⁶⁶⁸ Segundo discorre a doutrina, “o ato pelo qual se julga nula a citação é chamado de ‘circundução’ (que era a pena aplicada contra o autor de uma ação que não comparecia a juízo, e que consistia na anulação da citação do réu). Assim, quando é anulada, a citação é chamada de ‘citação circunduta’” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Processo penal*, p. 254).

⁶⁶⁹ A respeito, consulte-se: BREDA, Antonio Acyr. “Efeitos da declaração de nulidades no processo penal”, p. 121

Então, também para haver harmonia com o disposto na lei, parece mais adequado o uso do termo originalidade da demanda (em termos positivos) em vez de discorrer em pressuposto processual negativo.

No ponto, tanto a litispendência quanto a coisa julgada visam evitar a duplicidade de processos (sejam concomitantes ou não) para apurar o mesmo objeto. No processo penal, o que interessa é o fato imputado, pouco importando a roupagem jurídica que lhes deem o Ministério Público, o querelante ou o juiz quando do recebimento da acusação.

Também pouco importa quem é o acusador. Haverá litispendência se houver dois processos instaurados para averiguar o mesmo fato, ainda que em um processo seja acusador o Ministério Público e, em outro, esteja acusando o querelante.

O que importa, em âmbito penal, para fins de individualização da demanda, é a imputação do fato ao acusado, pouco importando a classificação jurídica que lhes confirmam os envolvidos no processo. Assim, sendo o mesmo fato e o mesmo acusado, haverá identidade de demanda, para fins de litispendência e de coisa julgada em processo penal.

Haverá litispendência se um novo *procedimento condenatório*⁶⁷⁰ for proposto quando já estiver em curso um processo anterior.

Por isso o uso do termo litispendência (ou seja, *lide*⁶⁷¹ já pendente de apreciação). É controvertida quando começa a litispendência. Segundo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “por aplicação analógica (CPP, ART. 3º) do art. 219 do CPC, a citação, também no processo penal, gera a litispendência”⁶⁷². Não entendemos dessa forma. Como processo penal já existe desde a sua dedução (desde a apresentação da demanda, perante autoridade investida de poder jurisdicional), haverá litispendência desde a instauração do processo anterior. Assim, se houver litispendência, não deve ser deduzida nova persecução penal para apurar os mesmos fatos. Verificada a litispendência logo no início da ação penal, a

⁶⁷⁰ Entende-se que não há litispendência entre processo e inquérito policial instaurado para apurarem os mesmos fatos. Nesse sentido, na jurisprudência, não reconhecendo a litispendência, em se tratando de ação penal e inquérito para apurarem o mesmo fato: STF, RHC 59.815/DF, Ministro Relator Cordeiro Guerra, 2.ª T., j. 16.04.1982, v.u. No ponto, revendo melhor a questão, entendemos que o posicionamento mencionado não se sustenta, pois, como consta do próprio termo litispendência, o fenômeno ocorrerá sempre que houver “lide” pendente (pendência de uma “lide” a solucionar), de forma que apenas isso basta para obstaculizar qualquer instauração de outro procedimento para apurar o mesmo fato. Por isso, é uma monstruosidade, do ponto de vista jurídico, a conduta de alguns acusadores, ao oferecer denúncia formal, pedirem para que as investigações continuem para apurar outras “circunstâncias” do (mesmo) fato.

⁶⁷¹ Provavelmente, quem não gosta da utilização do termo lide, no processo penal, também deve não apreciar o uso do termo *litispendência*. Sem desconsiderar a polêmica envolvendo o conceito lide na seara penal, e sem desconhecer o argumento de parte dos estudiosos afirmando ser a lide um dado irrelevante no processo penal, concorda-se que “a lide como conflito anterior ao processo é um conceito sociológico, não processual. Mas a lide, vista como conflito no processo, que se estabelece entre partes em posições opostas, é conceito útil e aplicável ao processo penal acusatório, pois serve para evidenciar o contraditório, acentuar a posição de parte do Ministério Público e mostrar a necessidade de tratamento isonômico dos litigantes (FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 43).

⁶⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 254.

acusação deve ser rejeitada, por falta de pressuposto processual consubstanciado na ausência de originalidade da demanda. Caso, mesmo assim, lhe seja dado prosseguimento, os atos eventualmente praticados deverão ser reputados inválidos.

Nem sempre, contudo, havendo litispendência, os atos deverão ser fulminados de invalidade. Não será possível reconhecer a litispendência, a fim de se invalidar o segundo procedimento, quando em seu curso já houver prolação de sentença favorável ao acusado, com trânsito em julgado. Nesse caso, a coisa julgada formada deve ser respeitada, ainda que assentada em procedimento posterior, impedindo o reconhecimento da invalidade por litispendência. O STF decidiu assim, nessa linha de entendimento, no julgamento do *habeas corpus* n. 94.982/SP. Nesse precedente, havia uma ação penal pública para apurar determinado fato. Contudo, ao longo desta ação penal, foi instaurado um novo inquérito para apurar o mesmo fato, sendo que, nesse novo procedimento, posterior, por se entender que o crime seria de iniciativa privada, foi reconhecida a extinção da punibilidade pela decadência, tendo esta sentença transitado em julgado. No *habeas corpus* impetrado, sustentou-se a tese de que a coisa julgada formada, ainda que em feito posterior, teria força suficiente para truncar a ação penal então em curso, com a qual o Supremo concordou⁶⁷³.

Daí decorre um exemplo da força da coisa julgada penal, que, em si mesma, impede nova persecução penal pelos mesmos fatos, constituindo a coisa julgada, ao lado da litispendência, outro pressuposto processual no processo penal.

Sendo assim, se o fato já tiver sido julgado (mérito), evidentemente, não se poderá permitir nova ação penal. Para fins garantísticos⁶⁷⁴, haverá *proibição de dupla persecução penal*⁶⁷⁵ quando o mérito da demanda já tiver sido analisado anteriormente⁶⁷⁶ (sentença condenatória, absolutória ou extintiva da punibilidade⁶⁷⁷), mediante o trânsito em julgado.

⁶⁷³ Talvez esse seja o único caso representativo da hipótese aludida (coisa julgada formada em feito posterior truncando o curso de um processo penal já anteriormente instaurado ara apurar mesmo fato), pois, como disse a Ministra Relatora Cármen Lúcia, “a tese, como disse Vossa Excelência, é nova, nós nunca vimos” (STF, HC 94.982/SP, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 31.03.2009)(p. 605, do acórdão).

⁶⁷⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 214.

⁶⁷⁵ A respeito do tema, consulte-se: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. No direito norte-americano, o *doube jeopardy clause*, da 5.ª Emenda à Constituição estadunidense, faz o papel da coisa julgada. A respeito do tema, vide: RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 134. Entre os Autores norte-americanos, consulte-se: EMANUEL, Steven L. & KNOWLES, Steven. *Criminal Procedure*. 19th ed. New York: Emanuel Publishing Corporation, 1999, p. 360 e ss.

⁶⁷⁶ É o que consta do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992), artigo 8.4: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

⁶⁷⁷ A doutrina lista a sentença extintiva da punibilidade como sentença de mérito apenas *em sentido lato*. Para nós, que reputamos a punibilidade como mais um elemento do delito (ao lado da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), trata-se de sentença de mérito, consubstanciada **em absolvição (pois, sem punibilidade, não há, a rigor, crime)**. Nesse sentido, segue o entendimento de Vicente Greco Filho: “‘data venia’, não tem sentido dizer-se que um crime pode não ser punível. Há, no caso, uma ‘*contradictio in terminis*’. Se um fato não é punível, por qualquer razão, não é crime, ou seja, não é aquela conduta que merece pena (...) todas as circunstâncias, quaisquer que sejam, que levem à não punição, nelas incluindo-se as chamadas excludentes

Assim, se alguém tiver sido condenado definitivamente por furto e, depois disso, vierem aos autos indícios de que o evento pode ter sido cometido mediante violência, não poderá ser deduzido um novo processo para apurar o mesmo fato, agora sob a acusação de roubo. Para todos os efeitos, o fato penal foi inteiramente julgado. Não se admite revisão criminal (do fato analisado) contra o réu (*pro societate*)⁶⁷⁸, somente revisão criminal a seu favor (*pro reo*)⁶⁷⁹. Desse modo, aproveitando o exemplo do furto, se houver provas de que não ocorreu um furto, mas mero furto de uso, poderá ser revista a condenação, já que o furto de uso não é fato típico em nosso ordenamento. Portanto, havendo coisa julgada, a acusação deverá ser rejeitada, por falta de pressuposto processual (originalidade), com fulcro no artigo 395, inciso II, CPP. Se, mesmo assim, for dado prosseguimento ao feito, deverá ser reconhecida a invalidade dos atos eventualmente praticados⁶⁸⁰.

3.3.3. As condições da ação.

Na doutrina brasileira, ao lado dos pressupostos processuais, há as condições da ação, formando, ambos os institutos o que se costuma chamar, na doutrina estrangeira⁶⁸¹, por requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito de uma demanda.

É importante tratar, desde logo, das condições da ação penal, pois a inobservância de algumas delas poderá levar à invalidade processual, cujo regime pode causar alguma confusão com o das nulidades, conforme teremos oportunidade de analisar à frente. Aliás, o Código de Processo Penal incide em erro ao tratar como nulidades algumas hipóteses de

supra-legais, a insignificância e o perdão judicial” (GRECO FILHO, Vicente. “Crime: essência e técnica”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, ano 5, n. 21, 2002, p. 11)(grifamos). Portanto, por essa visão, não deixa a sentença extintiva da punibilidade de constituir uma sentença absolutória, o que também decorre da presunção de inocência. José Henrique R. Torres expõe: “em homenagem à garantia da “*presunção de inocência*”, se o Poder Judiciário encerra a relação processual sem proferir uma sentença condenatória definitiva, seja porque houve declaração da improcedência da pretensão condenatória, seja porque houve extinção da punibilidade, a inocência do acusado deve ser proclamada” (TORRES, José Henrique Rodrigues. “Extinta a punibilidade, réu absolto”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 221, abr./2011).

⁶⁷⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: RT, 1998, p. 220-221.

⁶⁷⁹ No ponto, o exposto tem especial relevância para a matéria de invalidades, já que a coisa julgada formada a favor do acusado nunca poderá ser rescindida sob a alegação, por exemplo, de alguma nulidade (ainda que absolutas). Nesses casos, a invalidade não poderá ser reconhecida. Já a coisa julgada contra o réu sempre poderá ser rescindida, para aquelas hipóteses de invalidades que podem ser reconhecidas a todo o tempo.

⁶⁸⁰ Insista-se: se a falta de pressuposto é causa de rejeição da demanda (artigo 395, II, CPP), uma vez se tendo dado prosseguimento ao feito, a conclusão que se deve chegar é que os atos praticados são inválidos, pois processo não poderia ter continuado. Sendo a originalidade da demanda uma pressuposto de validade, é óbvio, pelo próprio nome do instituto, que, uma vez inexistindo, haverá invalidade.

⁶⁸¹ Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque: “no processo de conhecimento pode-se falar em requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, que no Brasil são classificados em duas categorias: os pressupostos processuais e as condições da ação. Essa divisão, como já visto, não é usual na doutrina alienígena, conforme se pode verificar do tratamento dado à matéria pelos alemães e italianos, por exemplo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 176).

carência de ação (por falta de condição para a ação penal), o que, tecnicamente, mostra-se impreciso, merecendo o assunto, portanto, uma maior e acurada reflexão.

As condições da ação constituem uma “conexão”⁶⁸² com as questões de mérito discutidas no processo. Há uma proximidade entre elas, não obstante não se confundam⁶⁸³. A presença das condições da ação penal indica, logo de início, que a tutela que se pede na demanda é possível, necessária, útil, adequada e, portanto, legítima, sendo possível, em tese, o julgamento de mérito favorável ao autor. Isso não quer dizer que, uma vez presentes as condições da ação penal, o pedido será julgado procedente, pois o que está em jogo é a viabilidade ou utilidade do processo e não a procedência ou improcedência do pedido.

Desse modo, a resposta afirmativa quanto às condições da ação apenas permite o prosseguimento do processo. Já a sua ausência torna a ação carente, o que indica que, no caso em análise, o julgamento de mérito não seria em si útil ou possível, o que implica uma decisão terminativa do processo. A decisão que julga a ação carente (de condição) não julga o mérito do pedido, não fazendo coisa julgada (material), portanto.

Quando se fala em condições da ação, seja no âmbito civil, seja no âmbito penal, não se pode pensar que elas impliquem empecilho ao acesso à justiça.

Como bem afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “admitir as condições da ação não implica aceitar limitações à garantia constitucional, que é incondicionada. As condições são exigências feitas pela técnica processual para tornar possível o julgamento do mérito. Sem elas o processo será inútil, pois, por problemas do próprio direito material deduzido, a solução pleiteada revela-se inadmissível de plano”⁶⁸⁴.

3.3.3.1. O direito de ação é condicionado, mas o direito ao processo não é.

Conforme lição básica de direito processual, todos – indistintamente - têm direito a bater às portas do Judiciário para reivindicar seus direitos, principalmente na seara penal, na qual se discutem violações das mais elementares aos direitos fundamentais do cidadão.

Tem-se assim a garantia do direito ao processo, ou, como se diz, do direito de ação constitucional de ação, o qual constitui um direito público subjetivo, que todos – sem

⁶⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 99.

⁶⁸³ Infelizmente, é muito comum haver confusão. Isso fica muito perceptível quando, no começo do processo, o juiz, ao analisar as alegações preliminares da defesa quanto à ausência de justa causa, as rechaça, dando a seguinte “motivação”: “as alegações do acusado se confundem com o mérito e deverão ser analisadas no momento da sentença”. Conforme afirma José Roberto dos Santos Bedaque, lição que serve para o processo penal: “nesse sentido, substancialmente, Dinamarco, que se refere à clássica fórmula ‘as preliminares confundem-se com o mérito e com ele serão decididas’ (cf. *Instituições ...*, 5ª ed., vol II, p. 316). Trata-se de gritante atecnia. Embora as condições da ação sejam extraídas da relação material, elas não se confundem com o mérito” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 61).

⁶⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 238.

exceção - têm à devida *prestação* jurisdicional. Trata-se de um direito abstrato, na medida em que o direito de acionar as instâncias estatais jurisdicionais existe e mesmo se sobrepõe independentemente de o requerente estar, ou não, com a razão.

Em linhas gerais, o direito de ação, lido constitucionalmente, equivale quase a um direito geral de petição, um direito genérico e abstrato de falar e de ser ouvido.

No ponto, cabe não confundir *prestação* jurisdicional com *tutela* jurisdicional.

O direito ao processo corresponde ao **direito à prestação jurisdicional**, direito que todos têm de acionar a Justiça para se “queixar” de alguma coisa. O direito referido, como dito, difere do **direito à tutela jurisdicional**, na medida em que *tutela* jurisdicional só recebe, integralmente, quem teve, no mérito, o pedido julgado procedente.

Esse direito constitucional (direito constitucional de ação, ou melhor, direito à prestação jurisdicional), em outras palavras, consubstanciado no direito ao processo, sofre algumas limitações no plano processual, o que não implica, de forma alguma, uma vedação de acesso à justiça. Ao contrário. Ainda que o direito de ação seja negado, poderá haver todo um processo para discutir a correção dessa decisão. Por isso, o direito de ação, ainda que não admitido, não inviabiliza, obviamente, o direito ao processo (coisas distintas).

No início do processo, ao se fazer a análise das condições da ação, procura-se verificar se a tutela jurisdicional invocada (o pedido) mostra-se, logo de plano, viável.

Se a resposta for negativa (ou seja, o pedido, por qualquer razão, não é ou não se mostra, naquele momento, minimamente viável), não haverá o preenchimento de condição para o prosseguimento do processo. Em síntese, quando ausente qualquer condição para a ação penal, há extinção do processo, sem haver, em regra, julgamento de mérito.

O autor é considerado carecedor do direito de ação.

No ponto, insiste-se: mesmo nessa situação, o processo existiu, já que o direito ao processo é um direito garantido constitucionalmente.

3.3.3.2. As condições da ação penal: anotações gerais.

Na doutrina, aponta-se a existência de três condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir.

Pode-se afirmar, com Ada Pellegrini Grinover, que as condições da ação são as mesmas tanto no processo civil como no penal⁶⁸⁵.

Parte da doutrina se insurge contra a equiparação que se faz entre as condições da ação penal e da ação civil⁶⁸⁶. Entende-se que essa insurgência não é correta.

⁶⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. “As condições da ação penal”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 15, n. 69, nov.-dez./2007, p. 179.

De fato, o processo penal ostenta peculiaridades que o tornam um pouco diferente do processo civil. Assim, o tratamento de seus institutos (entre eles: as condições da ação penal) diferem, um pouco, da disciplina processual civil, o que não invalida, contudo, a pretensão de tratar os institutos processuais à luz de um mesmo tronco comum (teoria geral do processo). Não há diferença substancial entre as condições da ação penal e da ação civil a ponto de passar a diferenciá-las. O que se vê é que, às vezes, a diferenciação que se quer empreender, não raras vezes, se dá apenas em termos terminológicos⁶⁸⁷. Trocam-se apenas os nomes conferidos às condições da ação em uma e outra seara, o que é algo dispensável, pois, a rigor, a essência (e os problemas) de ambas continua(m) a(os) mesma(os). Parece que, nesse tema, em especial, entra em cena a velha (e já um tanto quanto cansativa e desgastada) controvérsia entre os autores mais refratários à construção de uma teoria geral do processo⁶⁸⁸ com a doutrina que segue os lineamentos de uma teoria geral do processo. Neste trabalho é adotada a teoria geral do processo, lançada, há 40 (quarenta) anos, pelos Professores de direito processual do Largo de São Francisco, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, cuja obra *Teoria geral do processo* é referência até os dias de hoje, inclusive neste trabalho⁶⁸⁹.

3.3.3.2.1. A possibilidade jurídica do pedido.

No processo penal, a possibilidade jurídica do pedido está, em regra, ligada à tipicidade do ato descrito na peça acusatória.

Como bem afirma Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “a possibilidade jurídica é, em regra, vista pelos processualistas penais de modo positivo: a providência pleiteada

⁶⁸⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 215.

⁶⁸⁷ Por exemplo, no lugar do nome das três tradicionais (ou quatro, considerando-se os que assim enquadram a justa causa) condições da ação civil (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade) quer se colocar: a) tipicidade aparente; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte e d) justa causa. Nesse sentido: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Com todo respeito aos Autores que assim entendem, mas, afinal, convenhamos, qual foi a grande revolução na troca dos nomes dos termos desses institutos processuais?

⁶⁸⁸ Em São Paulo, contra a construção de uma teoria unitária do direito processual: TUCCI, Rogério Lauria. “Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo”. In: José Henrique Pierangeli (coord.). *Direito Criminal*. Vol. 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Na Bahia, com considerações bem críticas em relação à teoria geral do processo, consulte-se: MACHADO, Naira Blanco. “Ponderações sobre a (in)existência de uma teoria geral do processo e as finalidades do processo penal. *Ciências penais*, São Paulo, ano 7, vol. 13, jul.-dez./2010. Na região sul do país: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63-65; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, vol. LXXVIII, 2002, p. 688-689. Na doutrina estrangeira, por todos: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 35.

⁶⁸⁹ A respeito do tema, mais recentemente, interessante a coletânea de artigos reunidas na obra: YARSHELL, Flávio Luiz & ZUFELATO, Camilo (orgs.). *40 anos de teoria geral do processo: passado, presente, futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

deve ser admissível, em abstrato, no ordenamento jurídico. E, tratando-se de ação penal condenatória, a imputação deve sempre conter uma conduta que, à evidência, corresponde a um tipo legal”⁶⁹⁰. Assim, na maior parte dos casos, a impossibilidade jurídica do pedido equipara-se à atipicidade do fato imputado.

Nesses casos, se houver uma decisão a respeito, julgando impossível o pedido por conta da atipicidade do fato imputado, ou mesmo pela extinção da suposta da punibilidade, cabe ressaltar que não há aí, propriamente, *uma decisão considerando o autor carecedor da ação penal, mas sim, em verdade, uma sentença de mérito definitiva*, tendo o condão de fazer coisa julgada material. Haja vista o exposto, dado que, nesse caso, a impossibilidade jurídica sempre será uma decisão de mérito, a condição da ação penal consubstanciada na possibilidade jurídica do pedido é vista quase como irrelevante pela doutrina penal, pois, logicamente, para que se investigue um determinado fato, é essencial que haja, ao menos, em tese, tipicidade penal. Assim, por esse fundamento, em vez de julgar o autor carecedor da ação, julga-se, na realidade, o próprio mérito da imputação, absolvendo-se o réu por atipicidade do fato⁶⁹¹. Por isso a possibilidade jurídica do pedido é vista como sendo de pouca utilidade no processo no processo penal.

De todo modo, não se pode descartar a importância da referida condição da ação penal, já que há diversas outras hipóteses identificáveis com a **impossibilidade jurídica do pedido**, as quais não têm relação direta com a tipicidade do fato, como se dá nos seguintes exemplos: (1) ausência de representação na ação penal pública condicionada ou falta de requisição do Ministro da Justiça⁶⁹²; (2) falta de justa causa para a ação penal⁶⁹³; (3) não entrada do agente no território nacional, nos crimes cometidos no exterior⁶⁹⁴; (4)

⁶⁹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p.182. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 101.

⁶⁹¹ Não faria sentido, nessa hipótese, considerar o autor carecedor da ação, já que essa decisão (carência) não faria coisa julgada. Assim, uma vez julgado o mérito (absolvição por atipicidade do fato), tendo o provimento transitado em julgado, há a formação da coisa julgada, a qual, apesar de não evitar novo processo (frise-se: o autor pode propor *n* processos, pois o direito ao processo é abstrato e assim deve ser) inviabiliza, contudo, um novo julgamento de mérito.

⁶⁹² “... a falta de representação ou de requisição configura caso de impossibilidade jurídica do pedido, e não falta de legitimação. E não há razão, nesses casos, para se falar em *condições de procedibilidade*” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 61).

⁶⁹³ Defendem que a justa causa constitui uma condição da ação penal, consistente na possibilidade jurídica do pedido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, para os quais: “em nosso sentir, será caso de impossibilidade jurídica a hipótese em que a acusação carecer de justa causa: a falta de justa causa há de ser imputada impossibilidade jurídica da acusação. Ou seja, o ordenamento não permite que se formule acusação que não esteja lastreada na justa causa. Assim, embora o atual art. 395, III, do CPP separe a falta de justa causa das demais condições da ação (inciso II), parece-nos que a falta de justa causa configura a falta de condição da ação, e precisamente da possibilidade jurídica” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 60).

⁶⁹⁴ “Nos crimes cometidos fora do território nacional e punidos pela lei brasileira, de que tratam as alíneas *b* e *c* do § 2.º do art. 7.º do CP, a aplicação da lei penal brasileira fica condicionada à entrada do agente no

ausência de trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento⁶⁹⁵; (5) ausência de decisão administrativa definitiva nas infrações penais contra a ordem tributária⁶⁹⁶; (6) a falta de autorização do Poder Legislativo para processar o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Governadores, nos crimes comuns ou de responsabilidade⁶⁹⁷; (7) a ausência de autorização do órgão ou Tribunal ao qual integrado o magistrado investigado e processado, (8) a falta de exame pericial homologado pelo juiz, nos crimes contra a propriedade imaterial⁶⁹⁸ e, acrescentamos nós, também a (9) ausência de perícia (exame de corpo de delito) nos crimes que deixam vestígios⁶⁹⁹, ressalvadas, obviamente, as hipóteses legais que excepcionam a regra. Na doutrina processual penal, sustenta Rogério Lauria Tucci que, “do mesmo modo, será *juridicamente impossível*, e.g., pleito de condenação a prisão perpétua ou a trabalhos forçados, ante a proibição constante do inc. XLVII, letra *b* e *c*, do art. 5.º da CF; de pedido condenatório formulado em ação de *habeas corpus*, dada a infringência (consistente em implícita proibição) do disposto no inc. LXVIII do mesmo art.

território nacional (art. 7.º, § 2.º, *a*, do CP)” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 61), “Exatamente como ocorre com a falta de representação ou de requisição, aqui também, ao invés de se invocar a categoria das *condições de procedibilidade*, bastará subsumir a não entrada do agente no território nacional à impossibilidade jurídica do pedido” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 62).

⁶⁹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 62.

⁶⁹⁶ No caso dos crimes tributários, a ausência de decisão administrativa definitiva quanto à ocorrência do ilícito fiscal constitui falta de justa causa para a ação penal (outra causa de impossibilidade jurídica, como visto), e não como questão relacionada à tipicidade do delito, como consta da Súmula vinculante n. 24: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”. A esse respeito, consulte-se: PASCHOAL, Janaina Conceição & PASCHOAL, Jorge Coutinho. “A constituição do crédito tributário, a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 194, jan./2009. Em igual sentido, posteriormente, defendendo as mesmas ideias: TAFFARELLO, Rogério Fernando. “Crimes tributários: consumação, prescrição e a proposta de súmula vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 197, abr./2009; REALE JÚNIOR, Miguel. “Restrição ilegal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 20, n. 245, abr./2013.

⁶⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 102.

⁶⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 102.

⁶⁹⁹ Seguindo justamente o teor do Código de Processo Penal (art. 563, III, *b*), entendemos que se trata de condição da ação penal, pautada na possibilidade jurídica do pedido, pautada na necessidade de ser realizada perícia nos crimes que deixam vestígios (aliás, hipótese essa muito próxima da justa causa). A lei é clara. Haverá nulidade (melhor dizendo: invalidade) se o processo não estiver instruído com o exame de corpo de delito. É verdade que a lei não menciona o momento da realização da perícia. Contudo, não é razoável interpretar que uma questão ligada justamente à justa causa seja analisada apenas no curso da ação. A essa conclusão também se chega ao fazer uma análise holística do ordenamento jurídico. A Lei 9.099/95, tendo em vista **a obrigatoriedade da perícia antes da dedução da ação penal**, excepciona essa regra em alguns casos de crimes de menor potencial ofensivo, consoante artigo 77, § 1.º, da Lei 9.099/95: “para oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente”. **Ora, considerando que a lei não dispõe a respeito de inutilidades, se a necessidade de perícia não fosse uma regra geral, a lei 9.099/1995 não precisaria excepcionar a regra nesses casos específicos.**

5.º, e no art. 647 do CPP, ou de aumento de pena, na petição inicial de uma revisão criminal, intentada por membro do Ministério Público, dado que ela é concedida somente ao condenado, a teor do art. 621 e seguintes, também do CPP”⁷⁰⁰.

3.3.3.2.2. Interesse de agir.

A segunda condição da ação, identificada com o interesse de agir, também não é dispensável no processo penal. Quando se fala em interesse, fala-se em interesse jurídico processual, pautado na necessidade e utilidade do processo, o qual não necessariamente se confunde com o interesse material. Com efeito, em alguns casos, pode haver um e inexistir o outro. Assim, pensemos na hipótese de uma injúria e calúnia (ação penal, em regra, de iniciativa privada): do ponto de vista do ofendido, há sempre interesse *jurídico* quanto ao esclarecimento e punição dos fatos (pois, uma vez vedada a autotutela, o processo penal é sempre necessário). Pode, contudo, inexistir interesse pessoal na punição do crime, seja por desinteresse, seja por outro motivo (receio de o acusado fazer uso da exceção da verdade).

Em âmbito civil, por exemplo, uma vez expirado o prazo para pagamento de uma dívida, não ocorrendo o seu adimplemento, e se recusando o devedor a fazê-lo, pode haver interesse jurídico do credor quanto ao recebimento do crédito sem, contudo, haver qualquer interesse pessoal em resolver a questão mediante um processo moroso ou inútil na justiça.

Pode haver interesse material em cobrar a dívida, mas inexistir, por seu turno, o interesse jurídico (dívida de jogo, que não pode ser acionada na justiça⁷⁰¹).

O interesse de agir no processo se divide em interesse necessidade, interesse utilidade e interesse adequação. Segue, abaixo, o seu estudo.

⁷⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 93. Também Vicente Greco Filho discorre que haverá impossibilidade jurídica do pedido quando se pedir “uma sanção penal não prevista na ordem jurídica brasileira” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 106). Cabe destacar que, quanto à espécie de pena pleiteada na ação penal condenatória, o pedido juridicamente impossível não implica impossibilidade jurídica da demanda penal, já que, em processo penal, o objeto do processo reside na imputação de um fato supostamente delituoso, pouco importando a espécie de pena requerida (prisão, suplícios, etc.). Enfim, na acusação penal, o que se requer é o pedido de condenação (ainda que genérico), desde que seja feito em relação a um fato, em tese, delituoso e punível, qualificável em um tipo penal adequado, para que não haja qualquer abuso ou excesso de acusação. Nesse sentido, aliás: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 279. Assim, apesar de se mostrarem impróprios determinados pedidos condenatórios (pedido para que o acusado seja submetido a chibatadas ou que, por exemplo, seja decepado o seu pênis), isso não torna a ação penal juridicamente impossível, já que é irrelevante *para a validade do processo* a pretensão do acusador quanto a esta ou aquela pena. Assim, uma vez presentes os requisitos da demanda, o que interessa é o pedido de condenação, ainda que genérico. A discussão quanto à modalidade e *quantum* de pena fixada importa apenas no momento da sentença, já em fase de recurso.

⁷⁰¹ É certo que, aqui, se poderia falar em falta de possibilidade jurídica. De toda forma, não havendo mesmo possibilidade jurídica, não há interesse jurídico. Não por acaso Liebman reformulou sua teoria das condições da ação, inserindo a possibilidade jurídica dentro do interesse. De toda forma, neste trabalho, será mantida a concepção tripartida, já tradicional e que consta do Código de Processo Civil.

3.3.3.2.2.1. O interesse-necessidade.

O regular processamento e prosseguimento do processo - seja civil, seja penal - não pode ser fruto do mero capricho de uma das partes. O processo também não pode servir de laboratório para o jurista, professor ou o advogado testar suas teses acadêmicas, sendo imprescindível que, em seu bojo, haja alguma imprescindibilidade na sua dedução, não podendo o Judiciário ser utilizado como *órgão de consulta, de opinião*.

Por exemplo, no processo civil, se há uma dívida ainda não é exigível, não há interesse *jurídico* em o credor postular uma demanda contra o devedor, pois ainda não há, propriamente, uma crise de direito material instaurada. É bem verdade que, na seara penal, sendo vedada, como regra, a autotutela, isto é, o acerto de contas entre os diretamente envolvidos nos acontecimentos, o processo penal será sempre necessário e imprescindível para apurar a controvérsia penal. Por isso, dada essa imperiosidade do processo penal, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que “o interesse-necessidade é implícito em toda e qualquer ação penal”⁷⁰², sendo a necessidade inerente a toda ação penal condenatória, pois o Estado não pode impor a pena se não por meio do processo, conforme o cânone da *nulla poena sine iudicio*⁷⁰³.

3.3.3.2.2.2. O interesse-utilidade.

Subdivisão do interesse processual está o interesse-utilidade, que, justamente, é entendido como o pedido útil ao fim visado pelo demandante.

Aqui também os estudiosos se insurgem contra a transposição desse conceito para o processo penal, já que, de acordo com parte da doutrina, “a averiguação da utilidade, ou ‘vantagem’, que a existência da ação penal pode trazer ao Estado” seria “despicienda, em face da adoção, em nosso sistema processual penal vigente, da regra da obrigatoriedade”⁷⁰⁴

Pode-se cogitar, contudo, do interesse utilidade na dedução de uma ação penal quando se mostrar quase certa a ocorrência prescrição do dever-poder punitivo estatal.

Pense-se naqueles casos em que o acusador, ao propor a demanda, possa fazer um prognóstico da pena que, ao final, poderia vir a ser aplicada, *em caso de condenação*.

⁷⁰² FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 63. No mesmo sentido: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 209.

⁷⁰³ A esse respeito: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 102-103.

⁷⁰⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 212.

Pois bem, levando-se em conta um prognóstico de aplicação da pena no mínimo legal, é plenamente possível prever a ocorrência da prescrição.

Ora, concluindo-se que, ao final do processo, haveria a inevitável prescrição, para que então permitir a dedução do processo, com terríveis consequências na vida de uma pessoa (acusado), bem como perda de tempo e de recursos por parte do Estado, tirando-lhe o foco para apurar outros fatos penalmente relevantes?

Concordamos que seja feita a análise da prescrição antecipada, também conhecida como prescrição em perspectiva, sendo possível (e até recomendável) que o acusador e o juiz façam uma análise quanto à utilidade do processo penal.

Como expõe José Antonio Paganella Boschi: “a pergunta que se impõe é uma só: haveria algum sentido prático que justificasse o desencadeamento da persecução penal no caso em tela? A resposta, a nosso ver, é negativa, porque uma eventual sentença, mesmo condenatória, não geraria quaisquer efeitos, primários ou secundários... Noutras palavras: não seria executável!”⁷⁰⁵.

“Os opositores ao reconhecimento da prescrição pela futura pena a ser aplicada aduzem que ao presumir um decreto condenatório, com base em fato futuro, se está indo de encontro ao princípio *in dubio pro reo*, além de não permitir ao acusado a possibilidade de ser absolvido. Ora, é imperativo afirmar, em primeiro lugar, que, para o cidadão que está com seu *status dignitatis* abalado por estar sofrendo um processo, é preferível terminar com a situação aflitiva o mais rápido possível a continuar sendo submetido à ação penal. Deve-se levar em conta o desgaste pelas infundáveis realizações de atos judiciais concatenados, e, principalmente, o fator da estigmatização, que é algo inevitável. Basta o indivíduo estar sofrendo um processo para ser rotulado socialmente. Mesmo que depois venha a ser declarada sua inocência, através de uma sentença absolutória, a marca indelével deixada pelo processo não se apaga. É muito mais fácil abrir uma ferida do que fechá-la, sem deixar marcas ou cicatrizes. Outro aspecto importante a ser abordado é quanto ao fim do processo. Se o fundamento de sua existência é a instrumentalidade garantista, conforme exposto, é inequívoco que deve ser conduzido de forma a proporcionar ao réu o menor sofrimento possível. Nesses casos, **a principal garantia do acusado não é o devido processo legal, mas sim a de não ser submetido a um processo inútil.** Da mesma forma, não há violação da presunção de inocência, mas sim um reforço de tal presunção, ao evitar a estigmatização social e jurídica do acusado, bem como a angústia prolongada (*stato di prolungata ansia*, reconhecido pelo atual Código de Processo Civil italiano). Evita-se o processo e o sofrimento inútil”⁷⁰⁶.

Embora haja controvérsia doutrinária a respeito⁷⁰⁷, não obstante o entendimento jurisprudencial, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 438⁷⁰⁸, do

⁷⁰⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 187.

⁷⁰⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade garantista). 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 07-08, nota de rodapé n. 15.

⁷⁰⁷ Contra a admissibilidade da prescrição antecipada (ou em perspectiva) no ordenamento jurídico brasileiro: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 94-97; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 213, 214.

Superior Tribunal de Justiça) com relação à inadmissibilidade da análise da prescrição antecipada da suposta punibilidade do sujeito, entende-se plenamente possível e, aliás, totalmente recomendável que essa análise seja feita o quanto antes pelo acusador e, principalmente, pelo magistrado; não é outra a linha de entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁷⁰⁹.

Cabe destacar que, hoje, a hipótese cogitada é mais rara, pois com a edição da Lei n. 12.234/2010, a prescrição da pretensão punitiva, antes do oferecimento da acusação, segundo leitura do artigo 110, § 1.^o⁷¹⁰, do Código Penal (CP), orienta-se pelo máximo da pena cominada ao delito imputado. Portanto, nos dias de hoje, é difícil haver uma situação em que o acusador demore tanto tempo para promover uma ação penal, lembrando que os casos em que havia maior aplicação da prescrição em perspectiva se davam antes da instauração do processo jurisdicional, pela demora na propositura da ação penal.

3.3.3.2.2.3. O interesse-adequação.

A doutrina também é bem cética quanto ao interesse adequação no processo penal, consubstanciado em uma falta de “ajustamento da providência judicial requerida à solução do conflito subjacente ao pedido”⁷¹¹. Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que a referida adequação não guardaria utilidade no processo penal, pois pouco importa o tipo de pedido (sobretudo de aplicação de determinada pena) requerido na ação penal, pois o que interessa é o pedido genérico de condenação⁷¹². Cabe destacar, contudo, que o interesse-

⁷⁰⁸ Súmula 438, do STJ: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

⁷⁰⁹ “Exemplo da ausência de interesse-utilidade é o da ação condenatória intentada na iminência da consumação da prescrição. No nosso entender, nessa hipótese a demanda deve ser rejeitada, com base no art. 395, II, do CPP, pois nenhuma utilidade a acusação poderia extrair do provimento jurisdicional” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 64). É interessante o posicionamento de Luiz Carlos Betanho e Marcos Zilli, de que, no caso, em vez de se falar em extinção de punibilidade, haveria falta de justa causa, por falta de efetividade do poder-dever punitivo estatal; nesse caso, segundo sustentam os Autores, não se faria uma avaliação de culpa, mas apenas de viabilidade da acusação, restando imaculada a presunção de inocência. No ponto, os Autores não trabalham com a ideia de extinção da punibilidade, por entenderem que essas hipóteses devem estar expressas no Código Penal, não comportando interpretação extensiva: BETANHO, Luiz Carlos & ZILLI, Marcos. “Da prescrição”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2007, p. 560.

⁷¹⁰ Art. 110, *caput*, CP: “A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente”. § 1.^o “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

⁷¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 120.

⁷¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 120.

adequação não é de todo despiciendo no processo penal. Os exemplos de falta de interesse adequação não se restringem àquelas hipóteses improváveis aventadas na doutrina em se fazer um pedido condenatório em sede de *habeas corpus*. Há falta de interesse-adequação, que tem uma maior relevância no processo penal, naqueles casos que se oferece uma ação penal condenatória contra um menor de 18 anos, inimputável do ponto de vista penal. Não se trata de parte ilegítima, como defende uma parcela da doutrina⁷¹³, mas sim de falta de condição da ação penal pautada na ausência de interesse-adequação⁷¹⁴.

É também possível vislumbrar ausência de interesse-adequação nas persecuções penais de crimes de menor potencial ofensivo, em que são previstas possibilidades outras de resolução dos conflitos, mediante transação penal/suspensão condicional do processo⁷¹⁵.

No ponto, segundo pensamos, como já há dedução de ação penal com a transação penal, o pedido que deve ser feito pelo acusador, presentes os requisitos legais, deve ser pela designação de audiência preliminar, com proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade⁷¹⁶. Caso isso não seja feito, uma vez sendo proposta a ação penal, nos moldes *tradicionais* – isto é, com pedido condenatório, sem proposta de transação – haverá falta de interesse-adequação, devendo a denúncia, ou a queixa⁷¹⁷ ser rejeitada.

⁷¹³ “Entendemos nós que, relativamente aos fatos típicos atribuídos ao menor de 18 anos de idade, o processo não pode existir, por faltar-lhe legitimidade *ad causam*, já que inimputável. E caso venha a existir, estará eivado de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, do CPP” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 194-195).

⁷¹⁴ “A ação penal condenatória proposta contra menor de 18 anos, falta o interesse-adequação (pois o provimento invocado não é adequado à aplicação de medidas sócio-educativas ao menor de idade), embora se possa ver na hipótese, também, a impossibilidade jurídica do pedido (a condenação penal do menor de idade é vedada no ordenamento)” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 64). O exemplo citado, de toda forma, é controvertido, já que seria possível vislumbrar na hipótese impossibilidade jurídica do pedido (já que não se pode punir um inimputável) ou mesmo um vício por incompetência de juízo (pressuposto processual de validade), bastando remeter o feito à vara da infância e juventude competente.

⁷¹⁵ No caso da suspensão condicional do processo, ela não se restringe apenas aos crimes de menor potencial, já que se aplica aos crimes cuja pena mínima seja de até 1 (um) ano, consoante redação do artigo 89, da Lei 9.099/1995. Trata-se das infrações de médio potencial ofensivo. A respeito do assunto: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Necessidade de ampliação da suspensão condicional do processo”. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 327-329.

⁷¹⁶ Parte dos estudiosos, contudo, por não considerar a transação penal exercício do direito de ação, resolve a questão pelo interesse-necessidade, já que, para essa doutrina, sendo a transação penal um meio alternativo extrajudicial de resolução do conflito, o processo não se mostra necessário antes que sejam esgotados todos os demais meios de resolução extrajudicial. Na jurisprudência, embora não trabalhando com o interesse, mas com o fundamento do devido processo legal, consulte-se: “Em sede de Juizado Especial Criminal, é nulo o recebimento parcial da denúncia antes da realização da audiência preliminar, na qual a suspensão condicional do processo é aceita ou não, pois a inicial acusatória só pode ser recebida ou rejeitada após a ocorrência desse ato, seguindo-se a apresentação da defesa, sendo certo que o rito processual previsto na Lei 9.099/95 é preceito de ordem pública, não passível de desobediência” (TACRIM-SP – 6.^a C. – Rec. 1.260.825/7 – Rel. Nicolino Del Sasso – j. 11.07.2001 – RJTACRIM 55/248)” (NINNO, Jefferson. “Ação penal pública incondicionada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 2, p. 449).

⁷¹⁷ Embora a lei não fale que seja possível proposta de transação penal ou suspensão condicional na ação penal privada, a jurisprudência vem, reiteradamente, entendendo possível que as propostas sejam feitas pelo

O mesmo se diga da proposta de suspensão condicional do processo, a qual, uma vez presentes os requisitos legais, deve ser desde logo oportunizada, sob pena de, em não a fazendo o acusador, o juiz ter que rejeitar a acusação, por falta de interesse-adequação⁷¹⁸. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró cita outras hipóteses de ausência de interesse-adequação, entre as quais a inadequação em “ingressar com um *habeas corpus* para anular um processo por crime para o qual seja prevista exclusivamente a pena de multa, pois a liberdade de locomoção não estará em jogo. Adequado seria o mandado de segurança. Outro exemplo seria o caso em que o promotor de justiça impetrasse um *habeas corpus* para pedir a condenação do acusado, quando o adequado seria ação penal condenatória”⁷¹⁹.

3.3.3.2.2. A legitimidade no processo penal.

Por fim, como condição da ação penal, há a legitimidade *ad causam*, que consiste no paralelismo que se faz entre o sujeito da relação material discutida e o sujeito da relação processual. Não é admissível que o processo seja instaurado contra alguém (ou mesmo por alguém) que já se saiba, desde o início, de antemão, não fazer sequer parte da relação de direito material discutida.

3.3.3.2.2.1. Legitimidade ativa

No processo penal, na maioria dos casos, a legitimidade ativa é do Ministério Público; apenas, excepcionalmente, a legitimidade é da vítima, ou de um representante legal. Essa escolha legislativa, que privilegia um acusador público no lugar do acusador privado, se deve não só porque há interesses coletivos em jogo, mas também, é importante destacar, para o bem dos diretamente envolvidos no conflito. Com efeito, é melhor que um sujeito estatal, distante da controvérsia, apresente a acusação: frise-se, o que interessa tanto à vítima, a qual não vai ter que enfrentar sozinha o seu ofensor, quanto ao acusado, que

querelante. Nesse sentido, no Superior Tribunal de Justiça: STJ, APN 634/RJ, Ministro Relator Feliz Fischer, Corte Especial, j. 21.03.2012; STJ, APN 566/BA, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 12.11.2009, v.u.; STJ, HC 60.933/DF, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 20.05.2008, v.u. No Supremo Tribunal Federal, contudo, foi proferido acórdão (recente) inadmitindo a suspensão condicional do processo na ação penal privada: STF, Ag.Rg. no HC 115.432/BA, Ministra Relatora Rosa Weber, 1.ª T., j. 28.05.2013.

⁷¹⁸ Fica registrada a nossa mudança de entendimento, pois, nesses casos, entendemos hoje que, em vez de o juiz oferecer diretamente esses benefícios legais, é mais benéfico ao acusado que o juiz rejeite a ação penal, caso o acusador não faça os pedidos de transação penal ou suspensão condicional do processo. De toda forma, deve-se frisar que a acusação não será rejeitada por falta de interesse-necessidade, mas sim por falta de interesse-adequação.

⁷¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 103,

terá como opositor um sujeito, certamente, muito mais equilibrado, que – apesar de, ainda assim, ser parcial – tenderá a atuar com uma maior parcimônia se, em seu lugar, estivesse o ofendido/lesado⁷²⁰. Por isso, em regra, a acusação será pública, sendo oferecida pelo Ministério Público. Em hipóteses excepcionais, será privativa do ofendido. Fala-se, dessa maneira, que o legitimado ordinário é o Ministério Público (representante estatal do *ius persecuendi*) e o extraordinário é o ofendido, ou um de seus representantes.

Dado o exposto (legitimidade ordinária do Ministério Público e extraordinária da vítima), não haveria um direito à punição por parte da vítima, mas um dever de punir por parte do Estado. Poder-se-ia pensar que seria impertinente se falar em substitutividade da jurisdição penal, sendo que o poder punitivo seria apenas do Estado.

Embora o exposto seja correto hoje, cabe ressaltar que não era assim no passado.

Aliás, se for analisada a história e as razões para a origem do próprio direito penal (conforme foi estudado no capítulo 1), veremos que, inquestionavelmente, no passado, a punição era um direito da vítima (constituindo, aliás, uma obrigação para os familiares do defunto/ofendido). **Sendo assim, há muitas razões para se questionarem as certezas e algumas abstrações da doutrina moderna, que procuram apartar o indivíduo (vítima) da razão de se punir. Prefere-se falar, modernamente, em um dever-poder punitivo estatal em vez de um “direito punitivo”, esquecendo-se que, como regra, na origem e na ponta de toda e qualquer controvérsia penal sempre há uma pessoa de carne osso ofensora e, na outra ponta, uma pessoa (também de carne e osso) vítima(s)**⁷²¹.

Ainda que não se entenda possível falar, propriamente, em um direito à punição, deve-se ponderar que, sobretudo por parte da(s) vítima(s), há uma grande expectativa que o castigo se efetive. Abstraindo explicações genéricas, de que a punição serviria apenas para a “aplicação da lei penal”, muitas vezes se esquece ou olvida que, no conflito, há, em tese, uma pessoa ofendida **(tratada como um mero elemento decorativo dentro do processo penal moderno, ou melhor, como uma autêntica *persona non grata*)**⁷²².

⁷²⁰ O Ministério Público, nesse sentido, é uma criação para garantia de todos, ofensor/ofendido. Enfatizando esse dado, na doutrina: BEDÊ JÚNIOR, Américo & SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009, p. 241.

⁷²¹ Mesmo nos “crimes” modernos, dada a expansão do direito penal a searas que lhe parecem estranhas, o direito penal supra-individual, sempre é possível se chegar ao menos a um lesado, a um indivíduo de carne e osso. Questionável a construção dos chamados “delitos sem vítima”. A respeito do tema: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 176-177. Discorrendo que sempre em todo delito sempre é possível vislumbrar uma vítima e que no processo penal sempre está em jogo seu interesse (individual): BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução: Angela Nogueira Pessôa. Revisão: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36, 51.

⁷²² Em certo sentido, tem razão Davi de Paiva Costa Tangerino quando afirma: “pode-se afirmar, de maneira sintética, que o processo penal (i) coloca o autor em posição passiva, objeto estático da intervenção penal; (ii) coloca a vítima em posição passiva, reduzindo-a praticamente ao papel de informante do delito; e (iii) opera basicamente com o elemento da ameaça. Nenhum desses aspectos coopera nem para o fortalecimento da

Sendo assim, o *ius persecuendi* decorre, na origem, do sentimento ou, como se queira, do *instinto* de vingança que surge e toma o indivíduo quando alguém sofre um mal (indevido). A vingança está para o direito penal assim como o furor lascivo está para o casamento⁷²³. Essa propensão, pautada na retribuição de um mal (lesão intolerável) por outro (pena-castigo), que todos nutrimos (e, muito ao contrário do que uns dizem por aí⁷²⁴, **não tem absolutamente nada de irracional**⁷²⁵) é nada mais que produto de milhares e milhares de anos de experiência histórica vivenciada pelo homem (vingança privada). Já faz parte, de certa forma, do inconsciente coletivo, caso assim se queira entender o assunto.

A pena, vista por essa ótica, também deve ser vista como uma interface do direito que a vítima tem quanto à justa retribuição pelo fato praticado. Sempre foi assim e, talvez, sempre será. É inútil ficar “floreando” esta realidade: ela é o que é e todos sabemos disso. Negar esse dado, em prol de uma análise “mais racional” ou um pouco mais romântica do *ius puniendi* estatal não contribui para explicar a razão de se punir. Pune-se para apaziguar os corações e das dores das vítimas (cortando-se pela raiz ou, ao menos, minimizando, em parte, o sentimento natural de vingança), bem como para evitar novos delitos, em prol do próprio ofensor, pois, sem punição dosada pelo Estado, ele estaria à mercê das paixões dos justiceiros de plantão. A concepção de vingança permeia toda a ideia de retribuição penal.

“Ainda que ambos os tipos de resposta se assemelhem no que se responde ao mal com outro mal, que comporta uma privação, sofrimento ou dor, diferenciam-se em que em um caso se trata de uma *dor controlada*, enquanto no outro *quanto maior seja* o dano causado, mais satisfeitas ficaram as ânsias de vingança”⁷²⁶.

cidadania, nem da capacidade de envolvimento, nem para uma personalidade ética” (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 229).

⁷²³ Na doutrina estrangeira, afirma-se isto: “Diz-se que o *desejo de vingança é para o Direito Penal o que o desejo sexual é para o matrimônio*” (FALCON Y TELLA, Fernando & FALCON Y TELLA, María José. *Fundamento e finalidade da sanção*, p. 180).

⁷²⁴ Procedente a crítica de Guilherme Souza Nucci ao entendimento de Sérgio Salomão Shecaira e a Alceu Corrêa Júnior, ao afirmar que esses Autores erram ao falar ser “impensável” que alguém possa pagar um mal praticado com outro mal. Como muito bem fala Guilherme de Souza Nucci, “**na verdade, não se trata de algo ‘impensável’, mas simplesmente uma realidade, passível de verificação prática. O ser humano sofre castigos a vida toda, de variadas maneiras, desde o berço até a fase madura, bastando que, para isso, desvie-se do caminho considerado ‘correto’ pelas inúmeras regras sociais, éticas, morais ou legais**” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 77)(destacamos).

⁷²⁵ Segundo ensina José de Faria Costa: “o princípio da retribuição nada tem de metafísico ou irracional e que é antes um pilar da mundividência e vivência ética que percorre todo o nosso pensamento jurídico” (COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 209). Irracional seria pretender punir (causar um mal a) alguém pela prática de um bem (ou, segundo preferem denominar alguns, por uma ação socialmente valiosa) e, por outro lado, premiar (causar um bem a) outro pela prática de um mal (ação socialmente desvaliosa). Aí sim haveria irracionalidade!

⁷²⁶ FALCON Y TELLA, Fernando & FALCON Y TELLA, María José. *Fundamento e finalidade da sanção*, p. 185. Retribuição e vingança, nesse sentido, são conceitos próximos, diferenciando-se apenas pelo grau de racionalidade com que uma e outra é aplicada: a vingança é reação apaixonada, tendencialmente ilimitada enquanto a retribuição é comedida e proporcional (ainda que apenas idealmente) ao mal causado.

Daí a utilidade pública da punição (prevenção de delitos e minimização de todas as violências), o que não exclui, mas antes pressupõe o direito de uma vítima (ou vítimas), de “carne e osso”, à aplicação de um castigo ao ofensor. É através da vingança, ainda que *moderada* pelo ideal de proporcionalidade das respostas estatais (pela reribuição da pena), que se consegue, a um só tempo, tutelar a vítima, a sociedade e também o próprio ofensor.

Por essa ótica, **é o Estado** (o qual, em realidade, *se apoderou* do conflito, a fim de minimizar todas as formas de violência) **o legitimado extraordinário** da persecução penal (já que “roubou” o lugar que sempre foi da vítima), e não o contrário, como hoje se ouve.

De toda forma, quer seja lida como ordinária ou extraordinária, o fato é que o que se tem, hoje, como regra geral, é a acusação pública (legitimidade do Ministério Público), sendo a acusação privada apenas em casos pontuais.

Sendo assim, há a divisão clássica da ação penal em (a) ação penal pública e (b) ação penal privada, conforme artigo 100, *caput*, do Código Penal.

Há também uma hipótese de ação penal personalíssima, que se verifica no caso de crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, do Código Penal), em que somente o contraente enganado pode oferecer a queixa, na qual não pode haver representação nem mesmo sucessão por ausência ou morte.

No ponto, as qualificações de pública e privada dizem respeito à sua iniciativa, já que toda ação é, por natureza, pública, já que, segundo a doutrina, “o direito de ação é um direito público, exercido contra o Estado”⁷²⁷. Sendo mais metucioso, melhor seria falar em ação penal pública *de iniciativa pública* ou em ação penal pública *de iniciativa privada*, o que não será feito, neste trabalho, para evitar repetição exagerada de termos.

A primeira (ação penal pública) pode ser incondicionada ou condicionada, sendo que, neste último caso, deve haver uma autorização da vítima, ou de algum representante legal, e, em alguns casos, a requisição do próprio Ministro da Justiça.

Essa autorização, nas ações penais condicionadas, é conhecida pelo nome técnico de representação (no caso do particular) ou por requisição (no caso do Ministro da Justiça).

O uso dos termos *incondicionada* ou *condicionada* não é o ideal, podendo passar a falsa impressão de que a ação seria incondicionada em alguns casos e condicionada em outros. Com o seu uso, quer-se apenas enfatizar a necessidade ou a desnecessidade de uma autorização para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia⁷²⁸.

⁷²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 118, nota de rodapé n. 75.

⁷²⁸ “Uma vez mais, as expressões ‘ação penal condicionada’ e ‘ação penal incondicionada’ são infelizes, embora sejam clássicas. Toda ação – penal ou não penal – é sempre condicionada, isto é, a existência de toda ação depende da verificação das chamadas condições da ação” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 118).

Há também a hipótese de ação penal privada que é subsidiária da ação penal pública, nos casos em que, sendo possível o oferecimento de denúncia pelo agente estatal, há inércia por parte do Ministério Público.

Não é muito comum haver problema com relação à legitimidade ativa na ação penal, já que a regra é a acusação pública. É difícil, portanto, haver uma maior dúvida se o fato seria processável mediante ação penal pública (condicionada ou incondicionada) ou ação penal privada. As hipóteses são relativamente claras. São raros (embora existentes) os casos em que há alguma confusão com relação à titularidade do *ius persecuendi*. Poderá, eventualmente, haver dilema no final do processo, quando há desclassificação de crime de ação penal pública para crime de ação penal privada. Nesses casos, uma vez transcorrido o prazo decadencial, nada se pode fazer, por já estar extinta a punibilidade⁷²⁹, sendo que era tarefa do acusador bem acusar. Não cabe ao réu arcar com os erros do acusador.

Na ação penal pública, a parte legítima será o Ministério Público.

O questionamento quanto ao fato se deverá a acusação ser oferecida pelo membro do Ministério Público Federal ou Estadual não é um dado ligado à legitimidade em si, pois, como diz a própria Constituição (art. 127, § 1.º), o Ministério Público é uno e indivisível, sendo ele, portanto, a parte legítima nos crimes de ação pública. A questão se a denúncia deverá ser oferecida por um procurador da república (esfera federal) ou por um promotor de justiça (esfera estadual) refere-se à pressuposto processual relacionado à capacidade postulatória do representante estatal, conforme já visto, no item 3.3.2.2.2.4.

Não se trata de um problema relacionado à legitimidade *ad causam*, como, de modo impreciso, pontuam os julgados⁷³⁰, pois lá está a parte legítima (Ministério Público).

No que tange à ação penal privada e à pública condicionada (no que toca a esta última, à legitimidade para oferecer a representação) os problemas quanto à legitimidade concorrente para acionar as engrenagens do aparato persecutório ocorrem com uma maior frequência, sobretudo com relação aos legitimados concorrentes.

Contudo, com a promulgação do novo Código Civil de 2002, que abaixou a idade da maioridade civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, houve revogação do artigo 34, do Código de Processo Penal, o qual dispõe: “se o ofendido for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de queixa será exercido por ele ou por seu representante legal”. Não obstante concordemos com a afirmação de que um sistema legal não interfere, necessariamente, no outro (civil no penal e vice-versa)⁷³¹, entendemos que,

⁷²⁹ Nesse sentido: STJ, HC 135.398/ES, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 03.12.2009, v.u.

⁷³⁰ A título demonstrativo: STF, HC 68.269/DF, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1ª. T., j. 11.06.1991, v.u.

⁷³¹ FRANCO, Alberto Silva. “Princípios do contraditório e da ampla defesa”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência*. Vol. 1. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 439-441.

no caso, houve revogação desse dispositivo, já que o Código de Processo Penal menciona, expressamente, representante legal, referindo-se, obviamente, à capacidade civil⁷³².

Nesse caso, não há como separar os sistemas, pois o próprio Código de Processo Penal se pauta no Código Civil. Sendo assim, não havendo mais representação legal para a pessoa maior de 18 (dezoito) anos, que hoje é absolutamente capaz, não há como continuar conferindo aplicabilidade a esse artigo.

3.3.3.2.2. Legitimidade passiva.

No caso da legitimidade passiva, quem figura é o acusado, a pessoa apontada como autor do ato, em tese, delituoso. É difícil haver algum problema com esse tipo de legitimidade, embora não seja impossível⁷³³. Com efeito, em nossa experiência forense, já acompanhamos caso em que foi oferecida uma acusação em face, justamente, da vítima, tendo o juiz, perplexo, consultado o membro ministerial, o qual confirmou o erro, e disse que se enganara de pessoa ao propor a denúncia.

Caso seja instaurado um processo contra parte ilegítima, ele deve ser extinto⁷³⁴, declarando-se a invalidade⁷³⁵ dos atos eventualmente praticados durante o seu curso.

Assim deve ser tanto para fins garantísticos - sendo inconcebível que se proponha ação penal contra uma parte ilegítima, que não deve amargar a pena do processo e ter que aguardar todo o seu desenrolar para se ver excluída do pólo passivo -, quanto para fins de efetividade: a legitimidade da parte deve ser analisada o quanto antes, pois seria uma perda de tempo e de recursos públicos permitir o prosseguimento de um processo contra alguém que, desde o início, já se saiba não estar envolvido na controvérsia penal.

Hoje, com a reforma processual de 2008 (Lei 11.690/2008), haja vista a inserção de um inciso que antes inexistia para a hipótese de absolvição, poderá haver confusão entre

⁷³² Não se desconhece o teor do artigo 2.043, do Código Civil, que discorre que as disposições em leis esparsas continuariam em vigor com a promulgação do Código. Ainda assim, houve revogação, já que o sistema processual de legitimidade para intentar a ação penal privada (ou representação) está todo atrelado à concepção de capacidade civil (a lei não fala em idade, nesses dispositivos, apenas faz remissão à capacidade civil). Havendo alteração desta, a rigor, alterada também está a sua concepção no processo penal.

⁷³³ “Seria caso de ilegitimidade passiva, em nossa visão, o da denúncia equivocadamente oferecida não contra o indiciado, mas sim contra a testemunha ou a vítima que não tiveram participação na infração penal. Outro caso de ilegitimidade passiva costuma ocorrer quando o suspeito se identifica mediante cédula de identidade que não é sua (perdida ou furtada). A pessoa acusada não está ligada ao fato e é parte ilegítima para figurar na ação penal” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 66).

⁷³⁴ O artigo 395, II, do Código de Processo Penal dispõe que a denúncia deverá ser rejeitada por falta de pressuposto processual, o que implica a conclusão de que, caso seja lhe dado seguimento, deve ser extinto.

⁷³⁵ O artigo 564, inciso II, do Código de Processo Penal discorre que haverá nulidade por ilegitimidade de parte. No ponto, trata-se de uma invalidade (e não, propriamente, de nulidade, já que descabe falar aqui na repetição compulsória do ato ordenada pelo magistrado).

o fundamento pautado na falta de legitimidade ad *causam* e o da absolvição por “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” (art. 386, IV, CPP).

Para fins garantísticos (sobretudo, por conta da formação da coisa julgada), caso o juiz se depare com uma hipótese dessas, de patente ilegitimidade de parte passiva, deve, em vez de julgar carente a ação (por ilegitimidade de parte), absolver o acusado.

Embora se possa alegar que essa não seria a melhor técnica processual, já que não se cuida de análise de provas, mas de elementos de convicção, além de que tal hipótese de absolvição não estaria presente no artigo que cuida da absolvição sumária (art. 397, CPP), temos que o rigor técnico, às vezes, nessas hipóteses, pode e deve ceder quando estiver em jogo o direito de liberdade (*favor rei*). Convenha-se, o direito de liberdade fica melhor assegurado se, para o caso em análise, for preferida uma decisão definitiva (e não apenas terminativa), que possa fazer coisa julgada soberanamente julgada.

3.3.4. Consequências jurídicas do desatendimento dos pressupostos processuais e do preenchimento das condições da ação penal.

Em síntese, está posta a visão geral com relação aos pressupostos processuais e às condições da ação. Foi importante trazer um panorama geral do assunto, pois muitos dos vícios que dizem respeito a esses atos não acarretam a nulidade dos atos praticados, salvo na hipótese de vício de citação, de recebimento inidôneo da acusação ou, em alguns casos, de competência. Tratar dessas questões foi necessário, para tentar sistematizar, de maneira a depurar o que é nulidade e o que não, o que auxiliará em seu estudo, a partir do item 3.4.

3.3.4.1. As consequências quanto o desatendimento dos pressupostos processuais

Com efeito, muitos dos vícios referentes à maioria dos pressupostos processuais acarretam a extinção do processo, sem o julgamento do mérito (exceção feita, obviamente, à hipótese de já haver coisa julgada formada).

Caso o juízo se dê conta da ausência de algum pressuposto processual somente em fase avançada do processo, deverá reputar inválidos os atos praticados, extinguindo o feito.

Ora, sendo eles chamados, justamente, de pressupostos **de validade** do processo, uma vez inexistentes, não é preciso esforço para concluir que a sua inexistência acarreta a **invalidade do processo**. A essa conclusão se chega pela leitura do artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, que fala em rejeição da acusação caso estejam ausentes os pressupostos processuais, de modo que, caso, mesmo assim, se dê seguimento ao processo,

não há como se considerar válidos quaisquer atos praticados no seu bojo. Também o artigo 564, incisos e alíneas, do Código de Processo Penal, falam em nulidade (a rigor, em alguns casos, melhor seria especificar tratar-se de uma invalidade), mencionando diversos atos e formalidades que são considerados, em realidade, pressupostos processuais.

Os problemas relacionados a alguns dos pressupostos processuais relacionados à atividade da parte demandante, seja pela (1) ausência de demanda, seja (2) pela inépcia da inicial, ou (3) seja pela ausência de capacidade, acarretarão a invalidade do processo, com sua extinção. Não há que se falar aqui em nulidade processual, como já dito, pois o ato depende da atividade da parte, não podendo o juízo determinar a sua realização.

Por isso, nesta seara, parte da doutrina prefere falar em inadmissibilidade do ato, o que preferimos chamar pelo gênero invalidade.

No que tange aos pressupostos processuais que dependem da atividade do órgão jurisdicional, como se dá com (1) a fiscalização de sua competência, (2) com a adequada motivação da decisão de recebimento da acusação e (3) com a ordenação de citação regular da parte, estes vícios ensejarão, como regra, a nulidade dos atos praticados, pois os atos realizados com algum defeito deverão ser refeitos. No caso da incompetência, caso o vício seja verificado logo no início do processo, basta que o magistrado incompetente determine a remessa dos autos ao juízo com legitimidade para julgar a causa, conforme dicção do artigo 108, §1.º c.c. art. 109, do Código de Processo Penal.

No que tange aos problemas de litispendência e coisa julgada, haverá, em regra, a extinção do feito, com a invalidação dos atos eventualmente praticados.

Em regra, os vícios incidentes nos pressupostos processuais são insanáveis, não estando sujeitos à preclusão. Só ficam sanados se houver, ao final, uma decisão favorável ao acusado que resguarde o *ius libertatis*, sendo feita coisa julgada material, que não pode ser rescindida em processo penal. Em alguns casos, conforme veremos melhor ao tratarmos das nulidades processuais (item 4.5.1), ainda que não haja preenchimento dos pressupostos processuais, quando o procedimento chegar a uma fase bastante avançada (sentença ou fase recursal), podendo o mérito ser julgado a favor do acusado, deverá ser resguardado o *ius libertatis*.

3.3.4.2. As consequências da falta de preenchimento das condições da ação penal.

No que diz respeito às condições da ação, igualmente ao que se dá na maioria dos vícios incidentes nos pressupostos processuais, quando a carência da ação é apreciada na oportunidade correta (viabilidade da acusação), extingue-se o processo sem julgamento de

mérito; quando essa mesma análise é feita posteriormente, já em fase bastante avançada do processo, reconhece-se a invalidade dos atos praticados, extinguindo-se o feito.

Não se cogita, em casos de carência da ação penal, de *nulidade*, preferindo falar a doutrina em hipóteses de *inadmissibilidade*, pois, em tais casos, o juiz não pode determinar a repetição dos atos praticados com algum vício: primeiro porque o juiz não pode se substituir à atividade da parte, pois a prática desses atos é da sua alçada privativa; segundo porque o juiz não pode mandar ou mesmo aconselhar a parte acusar ou, em casos de ilegitimidade ativa, ordenar que a parte legítima venha demandar. Insista-se, antecipando-se um pouco do que será dito adiante, no item 3.4.3.2: o que diferencia as nulidades das demais hipóteses de invalidades é justamente o fato de o juiz determinar, sempre que possível, a repetição compulsória do ato, em prol de um devido processo legal. A nulidade, nesse sentido, embora também possa ser qualificada como uma invalidade - dado que decorre de um vício (em sentido amplo) que, em regra, implica a ineficácia do ato - ostenta um regime jurídico mais específico: repetição compulsória dos atos no procedimento.

De acordo com a doutrina, não há preclusão para a análise das condições da ação, podendo a carência ser analisada a qualquer tempo, ainda que posteriormente ao momento mais adequado (quando do recebimento da ação penal)⁷³⁶. Como coloca Ada Pellegrini Grinover, “o julgamento a respeito das condições da ação diferencia-se do julgamento de mérito pela superficialidade da cognição, que é sumária, e pelo momento procedimento em que é realizado, normalmente *initio litis*, muito embora não haja preclusão da decisão sobre elas, que podem ser reexaminadas, mesmo de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição”⁷³⁷. A carência de ação leva à extinção do processo, ainda que analisada em qualquer fase do processo. Nem sempre, contudo, a questão será tão simples assim.

Em algumas situações, sempre que for dado prosseguimento ao processo e, em fase avançada (fases de sentença ou em segunda instância), se perceber que há alguma invalidade, deverá ser analisado - antes de julgar extinto o feito - se o mérito da ação pode ser julgado a favor do acusado. Sendo o julgamento possível, desconsidera-se a invalidade e julga-se, propriamente, o mérito. Essa solução é mais favorável ao acusado, porque, nela, há, propriamente, a formação da coisa julgada, o que não haveria caso fosse julgada a carência de ação. Cabe frisar que, ao se adotar essa solução, não há aplicação da corrente doutrinária das condições da ação, consubstanciada na teoria da asserção (ou também conhecida por *prospettazione*), a qual procura separar, de modo relativamente estanque, quando o intérprete estaria diante de uma condição da ação e quando estaria diante de uma

⁷³⁶ “Com efeito, o exame da existência das condições da ação deve ser feito em qualquer momento do ‘iter’ procedimental, inclusive em segundo grau de jurisdição” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 64)

⁷³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. “As condições da ação penal”, p. 182.

questão de mérito, de acordo com a fase do processo: se essa análise é feita logo no limiar da ação, trata-se de condição da ação; se apreciada após o juízo de admissibilidade, devem ser analisadas como questões de mérito. Assim, se, por algum equívoco, o magistrado entende admissível uma ação, mas, logo depois, verificar que faltava uma condição da ação, em vez de julgar carente a ação, aguardará a instrução e apreciará a questão como sendo uma questão propriamente de mérito.

“Se a inexistência das condições da ação, todavia, for aferida só a final, diante da prova produzida (e não há preclusão nesta matéria, podendo o juiz rever sua anterior manifestação), duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência da ação; para a segunda (teoria da prospectação), a sentença nesse caso será de mérito. A primeira teoria prevalece na doutrina brasileira, apesar de autorizadas vozes em contrário (Kazuo Watanable)”⁷³⁸.

Não somos adeptos da teoria da asserção, sobretudo em processo penal, por entender que ela vulnera o sistema de garantias desenhado em prol do réu. Segundo a aplicação pura da teoria da asserção, “a mesma matéria, no caso a tipicidade (*rectius*: a atipicidade), poderá levar a juízos e consequências distintas: apreciada em cognição superficial, logo após o oferecimento da denúncia, acarretará a sua rejeição, por carência da ação (CPP, art. 395, II); se depois da resposta, mediante cognição profunda, implicará julgamento do mérito, com a absolvição sumária do acusado (CPP, art. 397, III). A cognição, na análise das condições da ação é superficial, com base no que foi afirmado na peça inicial, e no exame do mérito é aprofundada, com base nos elementos probatórios colhidos ao longo da instrução”⁷³⁹.

No ponto, não há como abraçar esse tipo de teoria, pois, como visto, logo no início da ação, há algumas condições da ação que, necessariamente, sempre deverão ser julgadas como questões de mérito (por exemplo, a atipicidade do fato).

Não importa o momento em que apreciadas e o grau de cognição empreendido pelo magistrado. Nesse sentido, em que pese o entendimento contrário de Rogerio Schietti Machado Cruz⁷⁴⁰, entendemos que uma decisão de arquivamento de inquérito policial, ou de rejeição da acusação, quando pautadas, por exemplo, na atipicidade do fato, ou na extinção da punibilidade, jamais poderão ser lidas como decisões apenas terminativas, sem julgamento de mérito: a rigor, trata-se de sentenças que fazem coisa julgada material, isto é soberanamente julgada, já que a favor do imputado.

Seria um verdadeiro despropósito pretender “ressuscitar” um inquérito policial já arquivado por esses fundamentos, ao se pretender lê-los, hoje, como condições da ação.

⁷³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 277.

⁷³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 113.

⁷⁴⁰ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*, p.223-224.

Como bem ensina Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: “não poderia o Ministério Público, por isso, a pretexto de corrigir pretensos erros, exumar inquéritos policiais arquivados, mediante *sentença*, que decidiu pelo mérito. Não lhe é permitido *cassar ato decisório judicial definitivo e firme*”⁷⁴¹. Portanto, há questões que não dependem em nada do grau de cognição para serem qualificadas como de mérito ou como condição da ação.

Concorda-se, inteiramente, com Maria Thereza Rocha de Assis Moura, quando a Autora bem afirma: “também não perfilhamos a teoria da ‘*prospettazione*’ (...): não é possível rotular a mesma circunstância ora como condição de admissibilidade da ação, ora como mérito, qualificando as decisões de uma ou de outra forma, consoante o momento procedimental em que proferidas”⁷⁴².

3.3.5. Últimas considerações sobre o aspecto dinâmico do ato processual: as principais teorias sobre a natureza do processo e sua relação com o sistema de invalidades.

Ao abordamos a natureza dinâmica do ato jurídico, inserido em um processo, é imperioso tratar, ainda que de modo fugaz, da natureza jurídica do processo, o que tem implicação na teoria das invalidades do ato jurídico.

3.3.5.1. As teorias da relação jurídica e da situação jurídica.

É difícil encontrar uma conceituação precisa e/ou totalmente isenta de críticas acerca da natureza jurídica do processo. Antigamente, o processo era visto como um contrato ou lido como um quase contrato, pois as partes compareciam perante um pretor, podendo, inicialmente, inclusive, eleger os seus árbitros, os quais iriam analisar e julgar o caso. O paralelismo com um contrato, ou quase contrato, era irrecusável (as partes, de comum acordo, acordavam a forma como seria a resolução do conflito).

Contudo, com a tendência à publicização do processo, devido à centralização e ao fortalecimento do poder estatal, isso já no início do período pós-clássico romano, caiu em desprestígio a teoria contratualista, que pretendia explicar o processo, já que ele passa a ser cada vez mais independente da vontade das partes. O processo, aos poucos, vai ganhando vida própria (mormente com o impulso oficial, os poderes instrutórios do juiz), sobretudo

⁷⁴¹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 26-27

⁷⁴² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 257, nota de rodapé n. 79

na seara penal, em que a acusação se torna quase que exclusivamente atribuição pública, pouco importando a vontade ou mesmo a existência de acordo entre a vítima ou o ofensor.

Ainda assim, durante muito tempo, o processo foi lido como apêndice do direito material. Tinha direito ao processo quem, efetivamente, detinha razão no mérito.

Com a fase científica do processo, iniciada, principalmente, com a obra de Oskar Von Bülow, com a sua *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*⁷⁴³, datada de 1868, começa a haver uma separação mais nítida do que constitui matéria de direito processual e o que é de direito material. A ciência processual ganhou autonomia, tendo-se *sistematizado*⁷⁴⁴ a teoria da relação jurídica processual, haja vista que uma coisa seja a relação de direito material, outra a relação de direito processual.

Obviamente, desde o século XIX, a teoria do Autor alemão citado sofreu algumas modificações, sendo que os seus termos, visando a uma radical separação entre o direito processual e direito material foram adaptados às novas ondas renovatórias do processo, mediante as constantes revisitações dos processualistas do século XX. Assim, seguiu-se à fase autonomista do processo a instrumentalista. O processo, em si, não é tudo, sendo um importante instrumento pensado em prol da realização da justiça, da correta aplicação do direito, tendo em vista o bem estar e a satisfação das pretensões das pessoas.

Hoje, as teorias que têm de maior aceitação são as criadas por Oskar Von Bülow, da relação jurídica, e de James Goldschmidt, da situação jurídica. Há outras igualmente importantes⁷⁴⁵, mas, na essência, são essas duas que mais têm dividido os processualistas.

A primeira teoria, de Oskar Von Bülow, goza de maior prestígio, até por ter constituído um marco para o nascimento da ciência processual.

Com efeito, pela primeira vez na história, as relações jurídico-processuais passam a ser analisadas com maior autonomia das relações de direito material: é dizer, o direito ao processo passou a ser independente do direito material discutido.

Há, assim, a nítida visualização de uma nova relação jurídica entre os sujeitos processuais e o magistrado, que é autônoma da relação propriamente de direito material entre os contendores, com direitos e deveres próprios da disciplina processual. É possível, a partir de então, constatar uma lógica e estruturação ínsitas a todo e qualquer processo.

⁷⁴³ Consulte-se a tradução para o espanhol: BÜLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Traducción: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El Foro, s/d.

⁷⁴⁴ A teoria da relação jurídica não foi uma criação originária de Oskar Von Bülow, existindo antes mesmo (Bulgaro) e desde os tempos das Ordenações do Reino de Portugal. Contudo, indiscutivelmente, o dito Autor teve o mérito indiscutível de melhor sistematizá-la e de consagrar o seu estudo científico.

⁷⁴⁵ Não abordaremos as demais teorias da natureza jurídica, pois, a nosso ver, elas não se diferenciam tanto dessas duas principais. A teoria mais comentada hoje em dia, a de Elio Fazzalari, pode ser analisada pela teoria da relação jurídica, de Oskar Von Bülow, com ênfase no procedimento (processo como procedimento realizado em contraditório). De toda forma, para analisar as principais teorias da natureza jurídica do processo, remetemos o leitor à detalhada e aprofundada análise feita por Ricardo Jacobsen Gloeckner: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 34-108.

Em que pese sua maior aceitação na doutrina, muitas são as críticas endereçadas a ela, como, por exemplo: (a) de que seria uma teoria autoritária⁷⁴⁶; (b) de que Oskar Bülow teria se equivocado, pois não haveria um dever (propriamente processual) do juiz em julgar a controvérsia, já que este dever não decorreria do processo (direito processual), mas sim da Constituição⁷⁴⁷ (direito constitucional); (c) de que a teoria da relação jurídica ampararia um modelo de processo supostamente inquisitorial⁷⁴⁸, entre tantas outras críticas, que não nos cabe aprofundar nesta oportunidade.

⁷⁴⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese {Doutorado} apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná {UFPR}, Paraná, 2010, p. 48.

⁷⁴⁷ Aqui reside uma crítica absolutamente despropositada, mormente quando não se olha para a época em que a teoria da relação jurídica foi desenvolvida. Em seu tempo, não havia, praticamente, estudos de direito constitucional, mormente na Europa, tendo os estudos constitucionalistas se originado nos Estados Unidos da América, sendo mais tarde desenvolvidos na Europa, especialmente na Alemanha. O dever de julgar a controvérsia penal, à época, decorria do direito processual. Hoje, com o constitucionalismo, muitas das críticas endereçadas a Bülow poderiam ser feitas para inúmeros institutos jurídicos, já que a Constituição, aos poucos, foi englobando todos os institutos e matérias de cada disciplina jurídica específica. Sempre se pode analisar qualquer direito à luz da Constituição (por exemplo, o direito de defesa é um direito com sede constitucional, o que não rechaça que seu surgimento tenha se dado com os estudos processuais), o que não afasta a importância de cada matéria e da forma e do modo como os direitos devem ser tratados na disciplina jurídica específica (o direito processual); o que não é pouco, sendo simplista afirmar que as leis processuais *tão-só* disciplinam o modo pela qual se exercem os direitos e garantias previstos na Constituição. Sem lei para implementá-la e concretizá-la, a Constituição não passaria de uma mera carta de intenções.

⁷⁴⁸ A teoria da relação jurídica, ao apartar a relação processual do direito material (o processo ganha vida, independentemente da vontade das partes), pode conferir um protagonismo demasiado ao magistrado, que pode concentrar uma série de poderes, a ponto de tornar o sistema penal, *eventualmente, mais propenso* ao inquisitorialismo. Em alguns pontos a crítica feita é correta, mas cabe observar que a deformação do sistema não decorre da teoria da relação jurídica. Aqui também reside o subjetivismo de certas correntes doutrinárias. Para alguns doutrinadores, o juiz não poderia ter qualquer poder instrutório, ainda que suplementar à atividade das partes, sob pena de o sistema ser reputado inquisitorial. Nesse sentido: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 160; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80; *Introdução crítica ao processo penal*, p. 85-90 e p. 173-179; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 4.^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 137. Outros Autores já entendem de forma diferente, pois, a seu ver, a crítica feita aos poderes instrutórios do juiz faria uma confusão entre inquisitorialismo e poderes instrutórios, misturando-se também conceitos do direito continental (compatível com poderes instrutórios do juiz) e de direito anglo-americano (inquisitorial system e adversarial system); ou seja, para esta corrente, os poderes instrutórios do juiz, desde que supletivos e regrados, não tornam o sistema inquisitorial (melhor dizendo, arbitrário). Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003 p. 148 e ss.; *Processo penal*, p. 52; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2011, p. 119; FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 17, nota de rodapé n. 13; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 206; GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul.-set./1999; TARUFFO, Michelle. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione di fatti. Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 172-179; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. Ainda que seja um trabalho mais dedicado ao processo civil, também interessante é a abordagem favorável aos poderes instrutórios de: AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. No ponto, não somos favoráveis a qualquer poder instrutório do juiz, nem concebemos possível o juiz condenar em casos em que o acusador pede absolvição. Contudo, dentro de certas balizas, entendemos que a opção por um modelo que dê certo poder instrutório residual do magistrado, em prol da busca da verdade, também constitui uma opção legítima, não podendo ser tachada, automaticamente, de autoritária. Na

Para James Goldschmidt, Autor da teoria da situação jurídica, que concorre com a da relação jurídica, não haveria propriamente direitos e deveres no processo, preferindo falar o Autor em situações jurídicas, que ocorreriam ao longo do seu curso, pautadas no aproveitamento, ou não, de chances e cargas processuais pelas partes: haveria, dependendo da conduta das partes, maiores expectativas para cada uma delas quanto a uma possível sentença de mérito favorável⁷⁴⁹.

Há, evidentemente, aspectos muito interessantes nessa teoria, embora também ela seja criticável em muitos pontos⁷⁵⁰.

A análise dinâmica da relação processual é uma delas, já que, a todo instante, as expectativas e situações jurídicas mudam ao longo do processo. Dessa maneira, a referida teoria explica melhor, na prática, o funcionamento do processo, do ponto de vista dos operadores do direito. O direito seria marcado pela incerteza, por meras expectativas, sendo o processo lido como uma contenda, uma luta (ou uma guerra) travada entre as partes envolvidas, da qual se sairia vitorioso quem, justamente, melhor aproveitasse todas as suas chances ou se desincumbisse das suas cargas.

Este trabalho, apesar de reconhecer seus diversos pontos positivos, não é seguidor da teoria de James Goldschmidt, tal como pensada e justificada pelo seu autor, porque ela, a nosso ver, se mostra imprecisa, vaga e fluida, podendo referendar decisões injustas e/ou teratológicas. No ponto, ainda que se possa argumentar que a teoria da relação jurídica também dê margem a soluções equivocadas (o que é normal e esperado, pois o erro faz parte da vida, sendo que, de fato, “a justiça perfeita não é deste mundo”⁷⁵¹), cabe destacar que a ocorrência desses equívocos é potencializada pela teoria de James Goldschmidt.

Além disso, essa teoria mostra-se discutível, já que visa confrontar, com críticas vazias, a teoria da relação jurídica, que se notabiliza pela construção de um sistema rígido, coerente e hígido de direitos e garantias fundamentais⁷⁵².

verdade, há duas opções igualmente idôneas. Infelizmente, a nossa opção (de um juiz sem qualquer poder instrutório) é rechaçada pelo ordenamento e por grande parte da doutrina. Apenas isso.

⁷⁴⁹ Consulte-se: GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, s/d.

⁷⁵⁰ “Apesar de seu inegável valor, essa teoria não encontrou adeptos entre os autores latino-americanos, sendo sob muitos aspectos censurável, mormente porque procura sua sustentação nas deformações do processo (e não na sua estrutura técnica) e o reduz, basicamente, a uma situação jurídica quando, na verdade, ele representa uma complexo de situações jurídicas”. (MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 14.ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.36).

⁷⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 370.

⁷⁵² Como bem afirma Ada Pellegrini Grinover: “afirmar – como o fizeram GOLDSCHMIDT e SAUER, e antes ainda KOHLER – que o conceito de relação jurídica processual é desprovido de qualquer valor, é alarmante jurídica e politicamente. Como demonstra BETTIOL, a negação da relação jurídica processual justifica e explica o duro ataque nacional-socialista. Que negou a equação processo-relação jurídica processual justamente porque seria de origem iluminista, ligada à divisão dos poderes e ao reconhecimento de uma esfera autônoma de liberdade do acusado e de impostergáveis deveres do juiz para com o réu” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 70).

A própria ordem constitucional afasta a análise do processo apenas como um conjunto de meras expectativas, circunscrito a uma contenda privada (ou a uma briga de galos, em seu sentido mais depreciativo), já que a Constituição garante diversos direitos e garantias, especialmente ao acusado, o que está mais conforme a teoria da relação jurídica.

O fato de os envolvidos verem no processo uma batalha não faz com que ele seja idealizado dessa forma pelo direito, já que há expectativas quanto à justiça das decisões.

O processo não pode ser transformado em um simples “duelo”, concepção, aliás, bem antiga (não há nada de novo nela) e já ultrapassada, própria dos tempos das ordálias.

Ainda quando se tenha um processo equilibrado e justo, como prega a teoria de James Goldschmidt, isso, ainda assim, não afasta a possibilidade de a decisão ser revista depois, sobretudo a favor do acusado (revisão criminal).

Ora, se o processo se reduzisse a uma mera luta entre as partes, cumprindo ao juiz apenas fiscalizar as regras do jogo (do *fair play*), tendo a parte acusatória se aproveitado melhor de suas chances e ganho a luta, caso seguissemos, à risca, todos os postulados dessa teoria, não haveria que se admitir a revisão criminal em prol do acusado.

Em outras palavras: azar da parte que perdeu o jogo, pouco importando se, no caso, a decisão é justa ou injusta, se é *pro* ou *contra reo*.

Ora, evidentemente, não é isso que ocorre em nosso ordenamento jurídico, bem como na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Há uma preocupação com a justiça da decisão, sobretudo para impedir que um inocente seja indevidamente punido.

3.3.5.2. O impacto dessas teorias no sistema de direitos e garantias e na estruturação da teoria das invalidades processuais.

A ênfase dada pela teoria da situação jurídica, ao sempre se vislumbrar a possibilidade de serem criadas novas situações jurídico-processuais, a todo tempo, poderia referendar situações potencialmente violadoras de direitos e garantias ou, ao menos, muito restritivas quanto ao pronunciamento de alguma ilegalidade. Afinal, sempre se poderia argumentar que uma nova situação jurídica “restaurou” o direito e/ou garantia vulnerados na fase anterior, o que tem especial importância para a matéria de nulidades processuais.

Essa prática em analisar o processo com foco nas diversas situações jurídicas instauradas pode não ser recomendável e ser até mesmo prejudicial à proteção dos direitos e garantias. Ora, pense-se em uma hipótese que enseja o pronunciamento da nulidade, logo no início do curso do processo, como, por exemplo, a falta de uma defesa preliminar, antes da análise do recebimento da acusação. Pela teoria da situação jurídica, mesmo que a

acusação seja recebida, essa ilegalidade (a falta de defesa) sempre pode ser considerada sanada com o simples trâmite do processo, haja vista a criação de uma suposta “nova situação jurídica”. Afinal, dado que o processo seguiu adiante e houve condenação, sempre se pode argumentar que o acusado pode se defender ao longo do seu curso, não havendo razão para se decretar a nulidade, consubstanciada no cerceamento de defesa, por ausência de defesa preliminar. Nesses casos, poder-se-ia argumentar que o vício ocorrido no início do processo não mais teria o condão de macular o feito, já que o princípio tutelado teria sido restaurado no seu curso, ante a nova situação jurídica criada (sobretudo quando há superveniente sentença condenatória).

Não agrada essa ideia de separação do processo em situações jurídicas, haja vista que o processo constitui um todo incindível, um bloco, sendo que um ato pressupõe o outro. E a teoria da situação jurídica, de certa forma, cinde essa união, ao dividir a relação jurídica em tantas situações jurídicas quantas forem possíveis (ou conveniente) imaginar.

O grande perigo dessa construção consiste em sempre se poder considerar sanada a ilegalidade pelo decurso do tempo, o que pode ensejar uma interpretação restritiva para a verificação das ilegalidades no processo, mormente quando elas ocorrem contra o acusado. Enfim, o que pode ocorrer é o seguinte: a parte alega a nulidade no tempo oportuno, mas, por conta da resistência de o juiz em reconhecê-la (e da demora de as instâncias superiores apreciarem a questão), a simples passagem do tempo pode ser decisiva para desencorajar o desembargador ou o ministro a reconhecer a ilegalidade.

Voltando ao exemplo da ausência da defesa preliminar, imagine-se que, por conta da ausência da defesa, não foi constatada a falta de justa causa para a ação penal, tendo o juiz recebido a acusação, de forma automática e sem fundamentação. Pergunta-se: por acaso, as ilegalidades consistentes na ausência de justa causa (condição da ação penal), bem como na falta de fundamentação do recebimento da acusação podem ser “sanadas” com a instauração de uma nova fase, mediante argumentações genéricas de que o acusado pode se defender no curso do processo (sendo esta a “nova situação jurídica”)?

Na verdade, essas argumentações podem muito bem servir a magistrados que não desempenham o seu papel, os quais, conscientes da ilegalidade e contando com a demora jurisdicional na sua análise, acabam mantendo o prosseguimento do processo, na esperança de que - em fase bastante avançada do processo - os tribunais superiores fiquem receosos de anulá-lo. Na prática, ainda que não expressamente, tem-se trabalhado muito com a teoria da situação jurídica para não se reconhecer as invalidades.

É importante desde logo esclarecer que não somos contrários a um sistema preclusivo mais efetivo e rigoroso quanto à alegação e à decretação das nulidades e

das invalidades no processo. Contudo, todas essas hipóteses devem estar previstas, de forma clara e expressa, na lei, devendo haver um mínimo de certeza.

O que não pode acontecer - e assim tem ocorrido com alguma frequência - é o juiz analisar, no caso concreto, se haveria, ou não, uma nova situação jurídica, que impediria o reconhecimento da nulidade. Quanto a essa “nova situação jurídica”, uns têm considerado a mera passagem do tempo (alega-se que se passaram anos e a parte não teria alegado a invalidade), outros têm em vista a conduta da parte, outros consideram uma nova fase do procedimento e outros ainda têm levado em consideração a superveniência de sentença condenatória, que denotaria ausência de prejuízo. Ocorre que, enquanto um juiz entende de um modo em um caso, um terceiro pode não entender assim em outro, instaurando-se uma “*epistemologia da incerteza*” (ou melhor, da *sorte*, conforme o feito caia nas mãos deste ou daquele julgador). O processo penal, mais que qualquer outro setor da área jurídica, precisa de certezas. Um mínimo de precisão, portanto, precisa haver quando será possível, ou não, o reconhecimento da invalidade. Não se deve falar em expectativas, em “chances”, mas sim em direitos e deveres, segundo a velha, mas sempre atual teoria da relação jurídica.

3.4. Teorização das nulidades no processo penal.

3.4.1. Panorama geral.

O tema das nulidades é sempre um assunto espinhoso, conforme bem anota a doutrina⁷⁵³ - tanto dentro quanto fora do processo⁷⁵⁴. Na doutrina estrangeira, os mesmos dilemas também se verificam. João Conde Correia, em Portugal, afirma que reina na matéria um “mundo de incertezas e contradições”⁷⁵⁵.

O próprio conceito de nulidade processual é extremamente problemático.

⁷⁵³ Afirma Edgard Magalhães Noronha: “o assunto das nulidades é dos mais complexos e inçados de dúvidas, incertezas e dificuldades. Não há conceito uniforme e pacífico, a seu respeito, na doutrina” (NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 329).

⁷⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 65. Afirma Manuel Augusto Vieira Neto que “realmente, a concepção das nulidades varia segundo a filosofia dominante sobre a legislação. A doutrina atual não conseguiu assentar os rumos e fixar a dinâmica relativa às vicissitudes dos atos jurídicos e às demais causas de ineficácia” (VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 06). Em outra oportunidade, o Autor ressalta que a doutrina das nulidades “é erçada de dificuldades, quer na conceituação, que na classificação, quer nos efeitos” (VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 45). No mesmo sentido, apontando os mesmos problemas (toda a confusão e imprecisão terminológica) verificáveis no direito civil: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 399.

⁷⁵⁵ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 13.

Inocência Borge da Rosa, a esse respeito, já afirmava, desde seu tempo, que “nesta matéria as dificuldades são tais e tantas que começam já com a própria noção de **nulidade**. Por isto os autores, na sua maioria, se furtam a definir a **nulidade**, limitando-se a referências que se ligam à noção de **nulidade**, sem exprimi-la de maneira categórica”⁷⁵⁶

Como discorrem Flavio Meirelles Medeiros⁷⁵⁷, Geórgia Bajer Fernandes e Paulo Sérgio Leite Fernandes⁷⁵⁸ não é tarefa fácil definir e conceituar o que constitui a nulidade.

Não raro, ainda hoje se confunde a nulidade com o 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 cuida do assunto nos dias de hoje, às vezes acaba incorrendo no velho hábito de qualificar a nulidade apenas pelo vício de forma. Paolo Tonini afirma que “la nullità é un vizio che colpisce l’atto del procedimento che sia stato compiuto senza l’osservanza di determinate disposizioni stabilite espressamente dalla legge appunto a pena di nullità (art. 177)”⁷⁵⁹. Vincenzo Manzini, afirma que “la sanzione di nullità importa che l’atto irregolare si considera in sè stesso e per ogni effetto giuridico inesistente”⁷⁶⁰. Alberto Luis Maurino, ao conceituar nulidade, afirma que ela é o estado de anormalidade do ato processual, decorrente da carência de alguns de seus elementos constitutivos, ou de vícios incidentes sobre eles, que potencialmente o coloca em situação de ser declarado inválido⁷⁶¹. Entre nós, Guilherme de Souza Nucci afirma que nulidade “é o vício que impregna determinado ato processual, praticado sem observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e conseqüente renovação”⁷⁶².

Rui Stoco discorre que “a nulidade significa defeito do ato, que poderá conduzir à ineficácia”⁷⁶³. Na doutrina processual civil, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier que “nulidade é o estado em que se encontra um ato, que o torna passível de deixar de produzir seus efeitos próprios, e, em alguns casos, destrói os já produzidos”⁷⁶⁴

⁷⁵⁶ BORGES DA ROSA, Inocência. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Globo, 1935, p. 87.

⁷⁵⁷ MEDEIROS, Flávio Meirelles. 2.^a ed. *Nulidades no processo penal* Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 21.

⁷⁵⁸ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 30.

⁷⁵⁹ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, p. 177.

⁷⁶⁰ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Vol. 3, p. 78.

⁷⁶¹ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 19.

⁷⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 563.

⁷⁶³ STOCO, Rui. “Introdução ao estudo das nulidades”, p. 1238.

⁷⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 142. A Autora, de toda forma, é um pouco confusa, pois, em outras oportunidades, afirma: “parece-nos que a palavra nulidade ‘deve limitar-se a significar efeito, vício ou mancha que diminui ou torna pior uma boa opinião sobre uma coisa ou uma pessoa’” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 141); “nulidade é um conceito tipicamente *abstrato* e diz respeito a um *quid* que afeta os atos processuais. O estudo das nulidades processuais comporta fundamentalmente três aspectos: 1. A *causa formal* da nulidade, seu elemento constitutivo, o vício ou o defeito que a produz. É o aspecto de mais interesse; 2. O *estado de nulidade*, ou seja, o que distingue o ato nulo dos demais, atual ou potencialmente. Cabe, sob este ângulo, saber-se como é o ‘modo de ser ‘nulo’; 3. A *conseqüência* da nulidade: o desaparecimento dos efeitos

Todas essas concepções, expressas ou não, que procuram explicar a nulidade com base nos vícios dos atos jurídicos, mostram-se um pouco genéricas e imprecisas.

São genéricas, pois nem todo vício acarretará nulidade. Aliás, não foi por acaso que escolhemos tratar, antes, dos pressupostos de admissibilidade da demanda, para demonstrar, justamente, que nem todos os vícios estão sujeitos à nulidade.

Igualmente, são imprecisas, já que, do modo como colocada a questão, fica difícil saber se nulidade é uma **qualidade do ato** (o vício formal é a nulidade) ou apenas um seu **efeito** (o vício pode causar a nulidade).

Também não se mostra satisfatória a definição da nulidade como mera violação à lei, na esteira da conceituação dada pela doutrina civil.

O intérprete, para bem entender o funcionamento das nulidades no processo penal, vai ter que deixar aquela concepção mais formal do direito (seja de violação à forma ou à lei) para levar mais em consideração os influxos constitucionais, que governam e, a rigor, condicionam toda a matéria das nulidades. Por isso, melhor razão assiste aos autores que destacam que a nulidade é uma resposta conferida pelo ordenamento jurídico para tratar de determinadas hipóteses (ainda que não expressamente previstas em lei), que colocam em risco ou mesmo acarretam lesão a algum valor fundamental, seja por decorrência de algum vício formal, ou não. É interessante fixar os ensinamentos conferidos por José Roberto dos Santos Bedaque, no sentido de que a “nulidade é consequência imposta pela prática do ato em desconformidade com o modelo legal”⁷⁶⁵, caso, frisamos, haja a violação ou colocação em risco de algum valor fundamental.

Deve ficar claro, outrossim, que nem sempre o vício decorrerá de algum vício de ordem formal. Há nulidades que não se originam da prática imperfeita do ato, mas sim de vícios de conteúdo, que comprometem a regularidade do procedimento.

Como afirma Giovanni Leone, “può dirsi oramai accettato che le nullità possono aver causa anche da un vizio che attacca il contenuto dell’atto”⁷⁶⁶.

Pense-se na hipótese de apresentação de alegação final (memorial), em que o advogado do réu pede a condenação do acusado à pena máxima. Evidentemente, essa manifestação está sujeita ao regime das nulidades, por ofensa à ampla defesa.

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

Como bem conclui Paolo Di Geronimo, “l’atto, infatti, non rileva se non per la funzione e per l’effetto che persegue, pertanto l’esistenza di una causa di nullità deve

produzidos pelo ato, ou seja, a ineficácia” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 167).

⁷⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 434.

⁷⁶⁶ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 280.

essere apprezzata nello svolgimento del processo e, quindi, nell'aspetto dinamico e funzionale dell'atto stesso, sicché ben può verificarsi il caso di un atto formalmente regolare, ma nullo sotto il profilo del tempo, del contenuto o dei presupposti per la sua emanazione”⁷⁶⁷. Por isso, insista-se: a nulidade, embora, na maioria das vezes decorra de um vício de forma, não pode ser atrelada apenas e tão-somente a ele.

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

Contudo, isso também não seria suficiente, pois nem sempre o vício (seja ele qual for, em sentido amplo) acarretará a nulidade.

Com efeito, mesmo que presente, por exemplo, algum vício de forma (hipótese mais comum de nulidade), não basta apenas a 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 fundamental.

Tendo em vista isso, vem-se falando que, para haver nulidade, deve haver uma atipicidade constitucional, isto é, que viole algum direito ou garantia fundamental no processo⁷⁶⁸. Evidentemente, não se quer dizer com isso que, uma vez existindo algum vício de forma, essa análise (formal), por si só, não seja importante para averiguar se, no caso concreto, haveria, ou não, nulidade. Ao contrário.

A forma, apesar de não esgotar as hipóteses de nulidades, nem ser seu principal escopo (a nulidade, de fato, não protege só formas), é importante, até para servir como sinal ou termômetro para evidenciar a ocorrência de alguma nulidade no processo.

Afinal, se o ato foi previsto para ser realizado de determinado modo, isso quer dizer que o legislador entende que, uma vez praticado desse jeito - e não de outro -, o ato cumpre melhor a(s) finalidade(s) para o qual foi previsto.

Por isso, com devido respeito, as críticas de Alberto M. Binder endereçadas à teoria da atipicidade constitucional⁷⁶⁹, de Ada Pellegrini Grinover, são, em certo sentido, inconsistentes. É difícil vislumbrar, de fato, alguma nulidade que decorra imediatamente da violação de algum valor constitucional sem haver, ainda que por via reflexa, uma

⁷⁶⁷ DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*, p. 10-11. Cabe só pontuar que, em nosso ordenamento, o desatendimento do aspecto temporal do ato e da maioria dos pressupostos processuais não enseja o reconhecimento da nulidade, mas sim de outros tipos de invalidades, com regime jurídico diferente.

⁷⁶⁸ Na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP), a Súmula n. 36, das Mesas de Processo Penal, sedimentou a posição de que “o sistema de nulidades deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

⁷⁶⁹ A respeito das críticas à Ada Pellegrini Grinover: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 08, nota de rodapé n. 12. Segundo o Autor argentino “não se pode pôr vinho novo em odres velhos” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 12-13), de modo que não se poderia conciliar a teoria da nulidade calcada no tipo formal (legalidade) com a teoria constitucional das nulidades, sob pena se de implementar um exame restritivo do alcance das nulidades no processo penal.

ofensa a algum elemento do processo ou do procedimento (imperfeição do ato, entendida em sentido amplo: forma, conteúdo, vontade).

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

É possível (embora muito difícil), em tese, vislumbrar a possibilidade de ocorrer uma eventual nulidade, ainda que sejam cumpridos todos os requisitos formais do ato.

Pense-se, por exemplo, no interrogatório policial⁷⁷⁰, em que são mais recorrentes as notícias de abusos. Segundo dispõe a lei (art. 6º, inc. V, CPP), deve se aplicar ao interrogatório policial, no que for cabível, a disciplina do interrogatório judicial. Cabe observar que o fato de serem cumpridos todos os aspectos formais (presença do advogado, advertência do direito ao silêncio, assinatura por duas testemunhas), isso, por si só, não garante a lisura e validade do ato; mais, não garante que não tenha sido violado algum direito fundamental. Afinal: até que ponto é legítimo a autoridade (judicial ou policial) conduzir o interrogatório de alguém por horas e horas (às vezes, nas delegacias de polícia, pela madrugada inteira), sem qualquer pausa, sob constante pressão? Até que ponto pode ser considerado eficazmente assistido um indiciado cujo interrogatório foi acompanhado por um advogado indicado pela autoridade policial e que tem o hábito de acompanhar todos os interrogatórios na delegacia? Muitas dessas questões envolvem análises delicadas, em relação ao tratamento dispensado ao investigado, sobretudo em sede policial.

Até que ponto uma atitude mais enérgica da autoridade ultrapassaria os limites do razoável? É uma questão sempre em aberto. No direito estadunidense, toleram-se algumas práticas (métodos violentos) que, entre nós, seriam muito questionáveis e, certamente, configurariam tortura⁷⁷¹. De toda forma, ainda que não haja esse tipo de violência (frise-se:

⁷⁷⁰ Trataremos das nulidades no inquérito, quando analisarmos a nossa legislação a respeito das nulidades, no item 4.5.2.

⁷⁷¹ Como afirma Guilherme de Souza Nucci, “não se deve deixar de consignar que toda e qualquer violência deve ser totalmente banida da investigação ou da instrução, inclusive aquelas que se denominam torturas lícitas, como o *third degree* da polícia americana. Consistem as referidas torturas lícitas numa expressão vulgar, utilizada nos Estados Unidos, para denominar um sistema de colheita de provas através de métodos violentos. Com severidade variável, os mecanismos investigatórios compõem-se de interrogatórios prolongados por horas a fio, sem cessar, varando dias e até semanas, provocando fadiga excessiva e completo estresse no interrogando, que passa quase que literalmente a ‘pão e água’, além de permanências desumanas em celas frias, umidas e sujas, por muito tempo, sem alimentação condizente e com a promessa de que, se confessar, poderá obter comida, bebida e um local seco e confortável para dormir, ou até mesmo a esperança de que poderá ser colocado em liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2.ª Ed. São Paulo: RT, 1999, p. 198-199). Não se pense que, entre nós, não há esse tipo de violência. Ao contrário. Aqui é pior, já que se trata de violência velada, em relação à qual algumas autoridades preferem fechar os olhos e tapar os ouvidos. A respeito da violência policial, consulte-se: SZAFIR, Alexandra Lebelson. *desCasos: uma advogada às voltas com o direito dos excluídos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-64. Aliás, tivemos um caso brutal de violência policial, em que rapazes inocentes, suspeitos de cometer um estupro, foram obrigados a confessar o crime, mediante tortura policial, chegando um dos investigados a ter o ânus penetrado pela introdução de um cabo de vassoura, com perfuração

pelo menos, institucionalmente), pode haver outros tipos de abuso e ilegalidades, mais brandos e até indiretos (pense-se na hipótese em ouvir uma pessoa, com uma arma de em cima da mesa, apontada para o depoente), que, em tese, também poderiam comprometer a validade do ato. A Constituição prescreve uma série de direitos que podem e devem ser levados em consideração na hora de ponderar se, a despeito do cumprimento da legislação infraconstitucional, bem como de todas as formalidades legais, pode ter havido algum tipo de inconstitucionalidade, haja vista o desrespeito à dignidade de alguém⁷⁷² e tratamento desumano ou degradante⁷⁷³. O grande problema desses conceitos abstratos e abertos é que eles podem servir de fundamento para truncar a eficácia de um ato persecutório realizado contra uma alta autoridade (alguém poderoso, com grande influência e prestígio), mas não ter qualquer aplicação no caso da maioria esmagadora das pessoas, do homem do povo.

Muitas vezes a violência e a arbitrariedade não decorrem da prática do ato em si, mas de um ato anterior, como no caso de decretação de prisão provisória desnecessária, utilizada unicamente para servir de tortura psicológica, visando-se à obtenção da confissão.

Uma vez reconhecida a ilegalidade da prisão, nada obsta que se considerem ilegais as confissões obtidas.

O exposto serve para demonstrar que nem sempre o fiel cumprimento de todas as formas assegura que todos os direitos e garantias foram observados em um caso concreto, podendo haver hipóteses de ocorrência de nulidades, ainda que a forma prevista para o ato tenha sido fielmente observada.

Em casos mais excepcionais, terá que ser investigada a causa e a motivação⁷⁷⁴ da autoridade. Evidentemente, essas situações limítrofes, entre legalidade e ilegalidade, entre exercício legítimo do poder e o seu uso abusivo, devem ser avaliadas com muito cuidado, para não se permitirem, por um lado, violação gratuita a direitos (sob o aparente manto de legalidade), e, de outro, anulação de um ato absolutamente legítimo.

Por exemplo, quando alguém é chamado para depor, seja na polícia, seja para ser interrogado em juízo, o convite, obviamente, não é feito para uma confraternização, já que está em discussão o cometimento de fato grave, já que supostamente delituoso.

Um depoimento ou interrogatório de horas pode ser necessário, dependendo da complexidade dos fatos, não se podendo reputar o ato automaticamente inválido por isso, sobretudo quando o depoimento é gravado e a pessoa está acompanhada por um advogado,

intestinal: http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/07/10/homens-que-confessaram-morte-deadolescente-no-pr-foram-torturados-diz_oab.htm?mobile.

⁷⁷² Artigo 1º, inciso III, CRFB.

⁷⁷³ Artigo 5º, inciso III, CRFB.

⁷⁷⁴ Que tem relação direta com o desvio de poder. A respeito do tema, no direito administrativo: NOHARA, Irena Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

não havendo qualquer indício de sevícias. Eventual rispidez ou truculência das autoridades, desde que não envolva violência gratuita, não deve macular o ato.

Com isso, evidentemente, não pretendemos legitimar qualquer violência.

De toda forma, seria hipócrita de nossa parte se não levássemos em consideração a pertinente observação de Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer que “a energia no trato com criminosos é uma marca da atividade policial e investigatória, porém jamais devendo haver violência, brutalidade, abusos de direito e ilimitado arbítrio”⁷⁷⁵.

Sendo assim, com exceção da nulidade por derivação, em que a nulidade do ato deriva da prática imperfeita do outro⁷⁷⁶, é difícil vislumbrar, no curso da persecução penal, um ato que, realizado de modo perfeito, venha a sofrer alguma nulidade.

Nesse diapasão, a regra é (ou melhor: deveria ser) que a realização perfeita do ato o torna infenso ao pronunciamento da invalidade, ao passo que a prática defeituosa (ou a sua omissão), seja interpretada como atentatória a algum objetivo legal.

Assim, apenas excepcionalmente, quando verificado que o vício não acarretou a vulneração de algum valor importante no curso do processo (melhor dizendo, não causou prejuízo), não haverá nulidade.

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

Constitui 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 processo⁷⁷⁷, utilizando-se do argumento pautado na falta de prejuízo como um subterfúgio para evitar seu pronunciamento.

Na verdade, em boa técnica, é o prejuízo que dá ensejo à própria nulidade. Sem prejuízo, não há nulidade. Por isso a nulidade não pode ser reduzida ao conceito de mero vício⁷⁷⁸, 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.

⁷⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 202.

⁷⁷⁶ Conforme será visto ainda neste capítulo, mas, mais detalhadamente, no próximo, no item 4.4.6.1.

⁷⁷⁷ No ponto, quando a nulidade é reconhecida desnecessariamente, aí sim temos uma situação indesejável. O que não é correto é proceder a generalizações, interpretando que todo reconhecimento de nulidade é fruto de chicana jurídica

⁷⁷⁸ Nessa esteira, José Joaquim Calmon de Passos ensina que “a nulidade não é algo ínsito à própria conduta juridicizada, sem o resultado de um juízo constitutivo do agente político legitimado para essa função, que retira, na espécie, a imputabilidade do suposto. Essa desqualificação, contudo, não resulta de imediato da atipicidade do suposto, vale dizer, da verificação de que, no tocante a ele, há falta ou irregularidades quanto aos seus pressupostos ou requisitos. A atipicidade, por si só, não acarreta a consequência da nulidade, porque a desqualificação se opera mediante uma correlação entre a atipicidade do suposto e a função que a ordem jurídica, na hipótese, atribui à vontade do sujeito agente” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 38).

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

A inobservância da forma prevista para o ato pode - assim como não pode - 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, tão 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.

A análise de tudo isso se mostra importante para deixar assentado que o vício não pode mesmo ser confundido com a nulidade, já que há imperfeições que jamais implicarão o pronunciamento da nulidade.

3.4.2. A nulidade não pode ser equiparada ao vício de forma: hipóteses de defeitos formais que não estão sujeitos ao regime das nulidades.

3.4.2.1. As irregularidades.

As irregularidades processuais se qualificam pela presença de vícios irrelevantes, que não têm o condão de interferir na eficácia do ato. Sendo assim, em tese, logo de plano já se poderia constatar a irrelevância e singeleza do desvio, pois haveria a presença de um vício tão ínfimo⁷⁷⁹, tão superficial, sendo absolutamente incapaz de oferecer qualquer risco à validade ou eficácia do ato. O vício, em síntese, não descaracteriza o ato⁷⁸⁰.

Teoricamente, portanto, não se pode confundir as hipóteses de irregularidade com os vícios sujeitos ao regime da nulidade⁷⁸¹, já que diriam respeito a defeitos menores, isto

⁷⁷⁹ A respeito da diferenciação entre ato inválido e meramente irregular, João Conde Correia discorre que “se o elemento imperfeito for essencial o acto é inválido. Se for útil é apenas irregular” (CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 112). Destaca-se que a diferenciação mencionada acaba sendo inócua para dirimir as dúvidas existentes, pois, em certo sentido, há muitas incertezas para se discorrer quando uma formalidade é essencial ou meramente útil. E mesmo assim, ainda que o vício recaia sobre elemento essencial, pode ser que o ato não se torne inválido, por não haver prejuízo. Sem falar que, pela doutrina mais tradicional, melhor seria falar em requisito do ato, que conforma sua validade, e não, propriamente, em elemento.

⁷⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18.

⁷⁸¹ MAGLIOCCA, Giuseppe. “Le nullità”. In: Geobanni Dean (curatore). *Trattato di procedura penale*. Volume primo (doggetti e atti). Tomo II (Gli atti). Torino: UTET Giuridica, 2008, p. 357.

é, a deslizes de forma, os quais não eliminariam a individualidade do ato, não chegando a criar qualquer empecilho à produção de efeitos⁷⁸².

As irregularidades, apesar de não terem o condão de gerar nulidade ou ineficácia do ato, podem, contudo, acarretar outras consequências de ordem extraprocessual, como ocorre no caso de atraso ou retardamento da prática de algum ato pelo juiz, em que o juiz pode responder por perdas e danos (art. 133, II⁷⁸³, CPC)⁷⁸⁴.

O mesmo ocorre com o oferecimento de denúncia fora do prazo legal⁷⁸⁵, como apontam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: “o ato é válido, mas o promotor poderá estar sujeito a uma penalidade no âmbito administrativo pelo atraso”⁷⁸⁶. Outro exemplo de irregularidade possivelmente ocorrente no processo penal é a hipótese de apresentação de memoriais (as então alegações finais⁷⁸⁷) ou da resposta à acusação fora do prazo legal, o que não macula a validade do ato, não levando, em regra, a quaisquer outras consequências jurídicas mais drásticas.

Na mesma esteira, poder-se-ia também mencionar a irregularidade consistente na redação do conteúdo do ato processual em tinta clara, a lápis ou, conforme caso concreto examinado pelo nosso Superior Tribunal de Justiça, à caneta de tinta verde-escuro⁷⁸⁸, em

⁷⁸² “La mera irregularidad, pese a los defectos que introduce en el acto, no elimina la *individualidad procesal* de éste y, por ende, no entorpece sus repercusiones finales. En cambio, se dice que el acto es *nulo* cuando la incongruencia entre lo actuado y el tipo procesal es de tal magnitud que la individualidad final que éste asigna na aparece en aquél” (CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 09).

⁷⁸³ Art. 133, CPC. “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: (...) II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

⁷⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 17. O mesmo exemplo é lembrado por Vicente Greco Filho, ao indicar que há outros mecanismos para se fazer cumprir as formas processuais (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 285).

⁷⁸⁵ A doutrina, de modo geral, aponta que não há maiores consequências no oferecimento de denúncia fora do prazo legal ou tardio. Essa mentalidade obsequiosa à mora ministerial é prejudicial às instituições, devendo ser repensada. Afinal, se nem o Ministério Público cumpre os seus deveres, se nem ele observa a lei, como poderia exigir que outros a cumpram? Uma análise mais detida e cuidadosa da questão leva a concluir justamente o contrário. O Ministério Público tem o dever de cumprir os prazos processuais, por direta injunção legal (art. 43, IV, da Lei n. 8.625/93), cuja inobservância pode levar a sanções administrativas e, eventualmente, penais. Outrossim, não se pode esquecer que, caso o Ministério Público se omita no dever de oferecimento da denúncia, o artigo 5º, inc. LIX, da Constituição, dispõe que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

⁷⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18.

⁷⁸⁷ A esse respeito, já julgou o Superior Tribunal de Justiça, em caso relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que “a extemporaneidade da apresentação das imprescindíveis alegações finais defensivas corporifica mera irregularidade, que não obsta, evidentemente, a sua cognição, a bem do devido processo legal” (STJ, HC 126.301/SP, Ministra Relatora Maria Thereza Assis Moura, 6.ª T., j. 31.05.2011)(p. 05 do acórdão). O mesmo entendimento foi aplicado para a apresentação extemporânea das alegações finais pelo Ministério Público, tendo-se firmado o entendimento de que é peça essencial para a regularidade do processo: STJ, AgRg no REsp 884.710/SC, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.ª T., j. 19.06.2008; STJ, RHC 9.593/SP, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., j. 15.06.2000.

⁷⁸⁸ Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “I - O recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do juiz da Vara de Execuções que lhe proibiu de fazer cotas em tinta verde-escuro. O CPP não contém norma disciplinando a matéria. O artigo 169 do CPC, aplicado subsidiariamente não proíbe a utilização de tinta

desconformidade com o exposto no artigo 169, do Código de Processo Civil⁷⁸⁹. No âmbito dos juizados especiais criminais, Fábio Ramazzini Bechara discorre que a apresentação de denúncia escrita, em vez de oral, dá ensejo à mera irregularidade⁷⁹⁰, ao que tem toda razão.

O mesmo vale para o procedimento comum de rito sumário, sendo que não haverá nulidade se a audiência de instrução e julgamento tiver que ser cindida, ou postergada, ou mesmo caso se coloque a necessidade de serem apresentadas memoriais finais escritos.

Há, de toda forma, exemplos duvidosos se o vício se trataria de irregularidade.

Nem sempre é tão simples separar o que constitui irregularidade de vício sujeito à nulidade ou outra consequência jurídica. Entre esses casos um pouco duvidosos, pode-se citar o exemplo trazido por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, o qual elenca como uma irregularidade a falta de atribuição (por exemplo, de ordem territorial ou material: matéria) por parte da autoridade policial, pois, segundo sustenta, “os atos de investigação, mesmo que realizados por autoridade policial que não tinha atribuição para tanto, serão válidos e eficazes, não havendo que se cogitar de nulidade, e sim mera irregularidade”⁷⁹¹. Apesar de ser questionável, a jurisprudência, de modo relativamente tranquilo, entende que constitui irregularidade a atuação do assistente da acusação sem a sua formal admissão em juízo⁷⁹². A nosso ver, a título meramente ilustrativo, constituem hipóteses inequívocas de irregularidades, os seguintes exemplos: (a) a falta de assinatura por 2 (duas) testemunhas no termo de interrogatório policial⁷⁹³; (b) a ausência de rubrica da autoridade policial, nas folhas do inquérito policial⁷⁹⁴; (c) a não observância da oposição da exceção em petição

verde-escuro. Dispõe apenas, que 'os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que nele intervieram'. Aplica-se, in casu, a máxima: 'não se pode restringir o que a lei não restringe'. II - Recurso ordinário conhecido e provido." (STJ, RMS 5.699-6/SP, Ministro Relator Adhemar Maciel, 6.ª T., j. 29.08.95, v.u)(também pode ser consultado no Boletim do IBCCrim de dezembro de 1996).

⁷⁸⁹ Art. 169, CPC, primeira parte: “Os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram”.

⁷⁹⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. “Reflexões sobre o artigo 2.º da lei nº 9.099/95”. In: Fábio Bonini Simões de Lima (coord.). *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95 – aspectos jurídicos relevantes – doutrina e jurisprudência – 10 anos da lei*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 73.

⁷⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 75. O Autor, de toda forma, ressalva a hipótese de lavratura de prisão em flagrante por autoridade policial que não tenha atribuição para lavrá-lo, sendo a “prisão ilegal, perdendo o seu valor como medida coercitiva, devendo o acusado ser colodado em liberdade. A medida, contudo, manterá seus efeitos como ato de informação ou elemento de convencimento” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 75).

⁷⁹² STJ, HC 128.570/PB, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 21/05/2009, v.u.; STJ, HC 3382/RJ, Ministro Relator Cid Flaquer Scartezini, Ministro Relator para Acórdão Assis Toledo, 5.ª T., j. 04.10.1995. O Supremo Tribunal Federal já considerou ser irregularidade a admissão de parte ilegítima para atuar como assistente da acusação: STF, 65646, Ministro Relator Moreira Alves, 1.ª Turma, j. 20.11.1987, v.u.

⁷⁹³ Art. 6, V, do Código de Processo Penal. Isso, evidentemente, caso não se trate de interrogatório inserido dentro do procedimento da prisão em flagrante, em relação à qual todos os requisitos devem ser rigorosamente observados, inclusive o consubstanciado na assinatura das testemunhas, sob pena de nulidade.

⁷⁹⁴ Art. 9, do Código de Processo Penal.

autônoma⁷⁹⁵; (d) a falta de intimação do Ministério Público para aditar a queixa-crime (art. 46, § 2.º, CPP); (e) a falta de comunicação ao ofendido (desde que não habilitado como assistente) dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem⁷⁹⁶; (f) a ausência do juramento da testemunha⁷⁹⁷; (g) a ausência de rubrica do juiz em todas as folhas da sentença⁷⁹⁸; (h) a ausência do uso de todas as palavras sacramentais, como descritas na lei, na exortação do Conselho de Sentença⁷⁹⁹.

3.4.2.2. Da ausência de pedido condenatório expreso na ação penal condenatória de iniciativa privada: vício formal que acarreta a preempção.

Assim como as irregularidades, há outros vícios processuais que não estão sujeitos ao regime das nulidades. No caso, trata-se de vícios mais graves, que, inclusive, acarretam consequências jurídicas mais severas que a das próprias nulidades.

Assim ocorre, por exemplo, no caso de preempção 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.

Trata-se de uma formalidade que, se ausente, acarreta a preempção da ação penal, uma causa extintiva da punibilidade⁸⁰⁰. Não se trata, no ponto, de invalidade. O vício em epígrafe acarreta a extinção do processo, apta a fazer coisa julgada. Trata-se, a nosso ver, de um formalismo sem sentido, que beira quase à inconstitucionalidade.

Afinal, a mesma consequência não ocorre se faltar o pedido final condenatório nos memoriais finais do Ministério Público. De toda forma, está posto na lei e, na dúvida,

⁷⁹⁵ Por exemplo, se a exceção de incompetência (o que serve para todas as demais exceções) for “alegada no corpo da própria defesa, o juiz deverá determinar que seja extraída cópia autenticada da resposta, autuando-a em apartado, como exceção de incompetência” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 229, nota de rodapé n. 77).

⁷⁹⁶ Art. 201, 2.º, do Código de Processo Penal

⁷⁹⁷ Art. 203, do Código de Processo Penal. O fato de o magistrado não advertir a testemunha do compromisso de dizer a verdade, nas hipóteses cabíveis, não torna o ato, automaticamente, nulo. A falta do compromisso não constitui uma nulidade, pois é princípio geral de direito a presunção da boa-fé das pessoas. Presumir que a testemunha mentiria só porque não foi advertida é levar o formalismo às últimas consequências. A questão deverá ser apreciada pelo juiz, no mérito, devendo o magistrado conferir o peso que entenda cabível à prova.

⁷⁹⁸ ART. 388, do Código de Processo Penal.

⁷⁹⁹ Consta do artigo 472, do Código de Processo Penal “Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: *Em nome da lei, concitavos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. O jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo.*

⁸⁰⁰ “Se não formular o pedido em relação a um dos querelados, somente em relação a este estará preempta a ação penal. O mesmo se diga se, havendo mais de um crime, para um deles não se fizer pedido de condenação nas alegações finais” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 130).

se está ou não vigente, temos que ele deve ser interpretado a favor do acusado (*favor rei*), levando à extinção da punibilidade.

3.4.2.3. A extrapolação do prazo razoável da persecução penal.

Em consonância com a garantia constitucional do julgamento do processo em um prazo justo e razoável⁸⁰¹, em prol também do cânone da eficiência dos serviços prestados pela administração⁸⁰², vem-se tentando delinear, na doutrina, alguma resposta mais efetiva para lidar com os casos em que se extrapolaria o prazo razoável da persecução penal, isso tanto na fase de investigações preliminares quanto na de processo.

A respeito do prazo razoável da duração da persecução, é sempre muito citado o exemplo do Código de Processo Penal do Paraguai (Lei n. 1.286/1998) que, no artigo 136, prevê o prazo máximo de 3 (três) anos para a duração do processo, *em primeira instância*, cuja violação acarreta a extinção da ação, conforme dispõe artigo 137⁸⁰³. No ordenamento italiano, “para assegurar a eficácia da limitação temporal fixada para a fase pré-processual (*indagini preliminari*), o CPPI determina que se o MP não exercitar a ação penal ou solicitar o arquivamento no prazo estabelecido na lei (ou prorrogado pelo juiz), os atos de investigação praticados depois de expirado o prazo (dilação indevida) não poderão ser utilizados no processo. É o que a doutrina define como pena de *inutilizzabilità* (pena de inutilidade), em clara alusão à ineficácia jurídica desses atos”⁸⁰⁴

Cabe destacar que, em nosso ordenamento jurídico, ainda não há a previsão de um prazo máximo para a persecução penal⁸⁰⁵, como ocorre para as prisões provisórias⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ Artigo 5.º, inc. LXXVIII, da CRFB: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

⁸⁰² Ao ver de José Raúl Gavião de Almeida, “na realidade, dispensável seria a regra da *razoabilidade* da duração do processo ao lembrar que os serviços da justiça constituem serviço público e que estes, por força do artigo 37 da Constituição Federal, deve ser *eficientes*, no que, sob o ponto de vista temporal, tem o Estado-jurisdição falhado” (ALMEIDA, José Raúl Gavião de. “Acesso à Justiça”. In: José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva {coord.}. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 571).

⁸⁰³ Citando o Código de Processo Penal paraguaio: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 36, nota de rodapé n. 128; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy e LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101. Na verdade, o processo paraguaio pode demorar muito mais que três anos. Isso porque o artigo 136 prevê que, se houver recursos, esse prazo poderá ser alargado por mais seis meses, estatuidando, ademais, que a fuga ou mesmo a “rebelia” (o que a lei quer dizer com isso é uma incógnita) do réu acarretarão a interrupção do prazo de 3 (três) anos, sendo recontado desde o início. O Código de Processo Penal paraguaio, no artigo 139, também “fixa um limite para a fase pré-processual (a investigação preliminar, que, uma vez superado, dará lugar à extinção da ação penal)” LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 117

⁸⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, p. 125, nota de rodapé n. 301.

⁸⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 35.

⁸⁰⁶ Também quanto ao excesso de prazo para a prisão cautelar, não há uma norma *geral* taxativa, aplicável a todos os procedimentos e a todas as hipóteses de prisão provisória. A Lei n. 9.034/1995 (hoje revogada), com

Na verdade, como está posta hoje a matéria, os prazos máximos de duração do processo correspondem aos prazos prescricionais previstos para a prática de cada crime, os quais, ainda quando analisados concretamente, tendo-se em vista a pena aplicada (ou aplicável, admitindo-se a precrição em perspectiva), acabam sendo também bem extensos.

Na legislação, há algumas medidas paliativas, principalmente nas situações em que se encontra em risco a liberdade (em caso de prisão ou ameaça iminente de perda da liberdade), como a necessidade de tramitação célere e prioritária⁸⁰⁷ da ação de um processo de *habeas corpus*, ou mesmo em caso envolvendo a ofensa ao patrimônio do imputado⁸⁰⁸.

No que concerne ao trâmite das ações de *habeas corpus*, os Tribunais, há algum tempo, vêm adotando medidas efetivas para compelir os demais órgãos a julgar essas ações o quanto antes, caso seja reconhecida alguma dilação indevida na sua apreciação na instância inferior⁸⁰⁹: o que, convenha-se, não deixa de ser uma situação difícil, pois isso pode influir no ânimo do julgador que irá analisar o mérito do *habeas corpus*.

O melhor é que as ordens fossem concedidas não só para que os feitos fossem julgados rapidamente, mas também para se trocar o relator em mora.

Sendo assim, a construção desse direito (à duração razoável do processo) ainda é incipiente e vem se dando paulatinamente, sendo analisada caso a caso, nos processos de cunho condenatório. A jurisprudência tem sido cautelosa e tímida quanto ao enfrentamento do assunto, havendo poucas decisões a respeito. Em alguns casos, a excessiva duração do

a reforma operada pela Lei n. 9.303/1999, dispunha, em seu artigo 8.º, que “o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver solto”. Recentemente, houve nova mudança legislativa, sendo que a nova lei do crime organizado (Lei n. 12.850/2013) dispõe, no artigo 22, parágrafo único, que “a instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu”. A doutrina chega a prever outros prazos, pela soma do tempo dos atos praticados em cada tipo específico de procedimento (consulte-se: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 40, nota de rodapé n. 137). Há também outros prazos previstos para a prisão temporária (conforme o rol taxativo de crimes, sendo o prazo bem maior em caso de crimes hediondos). Com exceção da prisão temporária, o que se nota é que, apesar da tentativa em delimitar prazos máximos para a prisão cautelar, ainda há grande insegurança jurídica, pois os julgados sempre conseguem alargar esses prazos, mediante o emprego de argumentos genéricos como a “complexidade do feito”, “o excessivo número de réus” e a “conduta da defesa” (de cunho procrastinatório)(Súmula 64, do Superior Tribunal de Justiça), sem falar no discutível argumento de que, uma vez encerrada a instrução, fica superada a alegação de excesso de prazo (Súmulas 21 e 52, do Superior Tribunal de Justiça). Infelizmente, todos esses critérios genéricos e vagos vieram a ser disciplinados em lei (12.850/2013).

⁸⁰⁷ Interessante só pontuar que o argumento de que o *habeas corpus* deve ter tramitação *prioritária* muitas vezes é utilizado para restringir direitos, pois, com ele, os tribunais sustentam que haveria desnecessidade em se intimar o impetrante para fazer sua sustentação oral (ao não reconhecer a nulidade), o que é algo risível, pois, não raro, o tribunal está há anos para analisar o processo.

⁸⁰⁸ A esse respeito, cita-se, a título exemplificativo, que o Código Processual Penal prevê, no artigo 130, que, quanto ao seqüestro de bens imóveis, poderá ele ser levantado, se: I – “a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência”.

⁸⁰⁹ STF, HC 117326, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 2.ª T., j. 24.04.2013, v.u.

processo tem sido valorada como uma atenuante genérica (inominada) no momento da dosimetria da pena⁸¹⁰. Já em outra decisão, levou-se em consideração a extrapolação da duração razoável do processo para influir na fundamentação da sentença absolutória⁸¹¹.

Uma vez extrapolado o prazo razoável da duração do processo, nas ações penais condenatórias, haveria vício de forma (ainda que enquadrado na modalidade temporal), que deveria acarretar a imediata extinção do processo, com formação de coisa julgada obstativa de um novo julgamento.

Não se trata aqui de uma nulidade ou outro tipo de invalidade, já que, uma vez extrapolado o prazo razoável do processo, não haveria sentido em se estatuir uma resposta que levaria justamente à renovação (ou propositura) do processo.

Trata-se de hipótese de vício (grave) que levaria a outra resposta, em tudo diversa das respostas próprias do regime das nulidades ou das demais invalidades.

De toda forma, trata-se de uma resposta que ainda inexistente em nosso ordenamento jurídico, ficando como proposta *de lege ferenda*, que deve ser analisada e implementada com muito cuidado, pois, de um lado, prazo razoável não é sinônimo de injustiça célere e, por outro, não se deve instituir um prazo muito exíguo, impossível de ser efetivado na prática, o que poderá dar margem a tratamentos desiguais e, em certos casos, privilegiados.

3.4.3. Os contornos entre as nulidades e as invalidades.

Como já dito, existe certa confusão no que concerne à demarcação entre o âmbito das nulidades e o das demais invalidades. Com efeito, é costume descrever o ato nulo

⁸¹⁰ Como relatam Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “no Brasil, encontramos uma única decisão que realmente enfrentou a violação do direito de ser julgado num prazo razoável, com a seriedade e o comprometimento efetivo que a questão exige, aplicando uma das ‘soluções compensatórias’ cabíveis. Entendeu a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação nº 70007100902, relatada pelo Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, j. 17.12.2003, o seguinte: *Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy e LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, p. 78-79). Nesse mesmo sentido: TJ/RS, Emb. Infr. 70025316019, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Desembargador Relator Nereu José Giacomolli, j. 19/12/2008

⁸¹¹ “O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final. Fato e denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase de cinco meses. Aplicação do artigo 5º, LXXVIII. Processo sem complexidade a justificar a demora estatal. 2. Vítima e réu conhecidos; réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu, vítima e testemunha que não mais lembram dos fatos. 3. Absolvição decretada. Recurso defensivo provido” (TJ/RS, AP 70019476498, 6.ª Câm. Crim., Desembargador Relator Nereu José Giacomolli, j. 14/06/2007).

como inválido, o que – não obstante as opiniões contrárias⁸¹² - não está errado, já que a nulidade constitui uma espécie de invalidade, como afirma Mario Pisani⁸¹³. De toda forma, em alguns casos, o uso da sinonímia pode acarretar 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 consequência, a repetição compulsória do ato omitido ou praticado com algum defeito, o que caracteriza e funda todo o sistema das nulidades. A nulidade, assim, acarretará - **sempre quando for possível**⁸¹⁴ -, a repetição compulsória de algum ato então praticado com algum vício ou a prática do omitido. Já as demais hipóteses de invalidades não acarretam a renovação ou prática compulsória do ato. Dessa forma, todas as hipóteses de invalidades não devem ser confundidas com os casos de nulidade, já que a invalidade, apesar de abarcar o âmbito das nulidades, constitui um universo maior, dentro do qual se circunscreve o das nulidades. Nesse sentido, acertada é a afirmação de Roque Komatsu, quando afirma que “a nulidade constitui uma espécie de invalidade”⁸¹⁵.

⁸¹² Por exemplo, Flavio Meirelles Medeiros afirma que “nulidade não é *invalidade* do ato. Conceituá-la assim é conceituá-la de forma incompleta, porque a invalidade é uma das causas da nulidade, a outra é a inexistência” (MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*, p. 21).

⁸¹³ “È ovvio, quindi, che la diversa rilevanza della violazione della regola comporti, nell’atto che la concreta, un grado di maggiore o minore irregolarità. Si delinea in tal modo un’ampia gamma di ipotesi e di situazioni, che trascorre dalla mera irregolarità, che non compromette la validità dell’atto sul piano processuale, alle varie forme di invalidità, tradizionalmente designate come nullità, fino all’inesistenza” (PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 193). No ponto, só se observa que, a nosso ver, a inexistência jamais pode ser qualificada como uma hipótese de invalidade.

⁸¹⁴ De fato, nem sempre será possível a (re) novação do ato. Na doutrina estrangeira, afirma Giovanni Leone: “La funzione del giudice in tema di nullità non può limitarsi alla dichiarazione di essa: occorre preoccuparsi anche di rimettere il processo sui binari della legalità (...) L’obbligo del giudice di ordinare la rinnovazione o la rettificazione dell’atto è condizionato alla necessità ed alla possibilità di tale rinnovazioneo rettificazione. Pò darsi, infatti, che l’atto nullo non sia rinnovabile perchè è scaduto il termine perentorio entro il quale poteva essere compiuto oppure perchè mancano quegli elementi contingenti che occorrono per la compilazione dell’atto (es. impossibilità di ripetere un’autopsia dichiarata nulla o una deposizione testimoniale dichiarata nulla nel caso di sopravvenuta morte del testimone)” (LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 293). Na doutrina nacional, lembra Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que “embora os atos processuais nulos devam ser, em regra, repetidos, para sua realização válida, tal regra não é indefectível. Basta pensar na nulidade de uma sentença *ultra petita*. O ato é inegavelmente nulo, e não haverá qualquer necessidade de renovação. Basta que o tribunal, ao reconhecer o vício, exclua do julgado a parte em que se foi além do pedido (p. ex.: o reconhecimento de uma causa de aumento de pena), mantendo, no mais, intacta e sem necessidade e renovação, a sentença. Mesmo no campo probatório, não é desarrazoado considerar que, em relação a determinados meios de prova, a violação de uma regra processual poderá comprometer definitivamente a capacidade epistêmica de tal meio. Por exemplo, um reconhecimento pessoal realizado sem a observância do rito probatório do art. 226 do CPP, em que um único suspeito seja levado à presença da vítima para que esta o reconheça – ou não – como autor do crime. Mesmo que tal prova, com resultado positivo, seja anulada, é de se questionar a possibilidade de se repetir tal ato posteriormente, segundo o rito adequado, em virtude do grande potencial de sugestibilidade que a prova ilegitimamente produzida causa. No segundo ato de reconhecimento, a vítima provavelmente reconhecerá o acusado não porque se lembraria dele na cena delitiva, mas porque se recordaria dele no reconhecimento ilegítimo anterior” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 287).

⁸¹⁵ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991, p. 181.

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

Por exemplo, equivoca-se o nosso Código de Processo Penal, no artigo 564, inc. II, ao listar a ilegitimidade de parte como hipótese de nulidade, já que se trata de uma invalidade não sujeita ao regime da nulidade (e sim caso de carência de ação).

O contrário já não estaria errado: pode-se utilizar o termo invalidade para se referir à nulidade, não obstante, em alguns casos, a precisão no uso da terminologia seja algo aconselhável. A respeito das demais invalidades, podem ser listados alguns exemplos. Entre eles, pode ser lembrado (1) o recurso interposto fora do prazo legal, que sofre a consequência da preclusão, tornando-o inadmissível; sendo assim, caso, por um equívoco, se dê prosseguimento ao processo e só depois se verifique que o recurso era inadmissível (preclusão), os atos então praticados devem ser invalidados, caso não haja recurso da outra parte. Também pode ser mencionado o exemplo (2) da decadência, isto é, de uma ação penal privada, cuja queixa-crime é interposta fora do prazo decadencial, o que gera a invalidade dos atos eventualmente praticados no curso da ação, não estando sujeita ao regime das nulidades (não há repetição dos atos), pois há a decadência, que é uma causa de extinção da (suposta) punibilidade. Também, como já abordado, uma ação penal intentada quando (3) ausente alguma condição acarreta a sua carência, o que leva à invalidade dos atos eventualmente praticados, e não, propriamente, à nulidade. Todos esses exemplos não estão sujeitos ao regime das nulidades, apesar de alguns doutrinadores denominarem todas essas invalidades como nulidades, ainda que em um sentido amplo (nulidade de fundo).

3.4.3.1. Do equívoco na utilização ampla do conceito de nulidade: a desnecessidade em dividir as nulidades em de fundo e de forma.

Aqui, para evitar confusão com qualquer outra teorização, cabe destacar que não se adota neste trabalho a classificação que divide as nulidades em *nulidades de forma* e *de fundo*. Trata-se de uma classificação francesa, disseminada entre nós principalmente pela doutrina de Tereza Arruda Alvim Wambier⁸¹⁶.

Entende-se que a sua adoção poderia implicar uma demasiada confusão entre as hipóteses de nulidades com as demais invalidades.

Para os Autores adeptos dessa divisão⁸¹⁷, as nulidades de fundo diriam respeito à inobservância aos pressupostos processuais, bem como às condições da ação, os quais, em

⁸¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 200.

⁸¹⁷ Adotam esse critério: NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11.^a ed. São Paulo: RT, 2010, p. 511; PINTO, Tereza Arruda

alguns casos, como já analisado, impediriam a constituição do processo e, em outros, o seu regular desenvolvimento. Já as nulidades de forma teriam relação com os demais vícios ligados às formalidades dos atos processuais isoladamente considerados.

Pois bem, o primeiro ponto, a princípio, discutível dessa classificação consiste no fato de que muitas das nulidades de fundo se referem à forma de um ato isolado. Assim, segundo nos parece, a terminologia da classificação seria imprecisa, podendo levar a erro, já que muitas das nulidades enquadradas como de fundo também diriam respeito à forma de um ato singularmente considerado. Mas não é só isso. O que os doutrinadores adeptos dessa classificação denominam por nulidades de fundo não pode ser integralmente inserido no âmbito das nulidades. Como já analisado⁸¹⁸, não se pode falar em nulidades em casos de carência de ação (ausência de condição para a ação penal), sendo que, em muitos casos de ausência de pressuposto processual, como visto⁸¹⁹, não haverá nulidade. É melhor, do ponto de vista técnico, que uma coisa seja separada da outra. Rechaça-se, portanto, neste trabalho, a divisão que uma parte da doutrina faz entre nulidades de forma e nulidades de fundo, pois essa classificação só levaria a uma maior confusão.

Ainda que se quisesse utilizar a mesma denominação (son o nome de nulidades) para se instituir um regime uniforme de tratamento jurídico para todas as invalidades, quer nos parecer que isso não seria algo possível ou mesmo recomendável. Há, por certo, alguns contornos das invalidades que, de fato, as tornam próximas umas das outras, por direta influência da instrumentalidade das formas, do prejuízo e do *favor rei*, podendo o vício ser desconsiderado, quando for possível solucionar o feito a favor do acusado⁸²⁰.

De toda forma, não pode haver generalização, para fundir o tratamento conferido às nulidades para as demais invalidades. Com efeito, no que tange às outras invalidades, é difícil sustentar um regime unificado, como pretendem José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio ao tratarem da hipótese de inadmissibilidade do recurso pela preclusão temporal⁸²¹. Melhor tratar da hipótese analisada como uma invalidade diversa da nulidade,

Alvim. *Nulidades da sentença*, p. 94; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 200.

⁸¹⁸ No item 3.3.4.2.

⁸¹⁹ No item 3.3.4.1.

⁸²⁰ O que será visto no próximo capítulo, no item 4.5.1.

⁸²¹ “Como se vê, o recurso foi barrado por vício em razão do tempo do ato. É certo que se tem apontado a tempestividade do recurso como requisito de admissibilidade, não como questão de nulidade, com o que se afasta a identidade essencial com mero jogo de palavras. É inegável que recurso intempestivo não é conhecido por defeito do ato, relativo ao tempo em que foi apresentada a respectiva petição. O ato deixa de produzir seus efeitos típicos (conhecimento do mérito do recurso) em virtude de vício do ato. Patente, aí, a identidade essencial, a justificar o tratamento dessas questões numa obra sobre nulidades dos atos processuais. Pode ter havido, no caso, excesso de rigor formal. Tratando o problema sob o prisma da instrumentalidade das formas ou sob o paradigma da razão prática, talvez outra teria sido a decisão, mais justa e adequada ao caso concreto” (BAGGIO, Lucas Pereira & TESHEINER, José Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 49). Não se concorda com os citados Autores.

que acarreta outra resposta (no caso, o não-conhecimento do recurso), em tudo diversa da nulidade. Assim entendem e ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao descreverem a hipótese como uma invalidade, sujeita a um regime jurídico diverso do das nulidades⁸²², não sendo possível, neste caso, a nosso ver, falar em incidência do princípio da instrumentalidade das formas, não de modo tão amplo e genérico com querem José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio.

3.4.3.2. Nulidade: uma invalidade com um regime jurídico mais específico.

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.

Até se poderia dizer, feitos alguns senões, que a nulidade seria uma **invalidade dilatória**, já que, *em regra*, posterga o término do processo; as demais invalidades, por seu turno, seriam **invalidades peremptórias**, pois, além de acarretarem a invalidade dos atos eventualmente praticados durante o processo, também implicam a sua extinção.

Eventualmente, também se poderia pensar em separar, radicalmente, o instituto da nulidade do da invalidade, podendo-se conjecturar ser até mesmo equivocado descrever o ato **nulo** como um ato **inválido**, já que, apesar de serem institutos próximos, acarretam consequências peculiares. Conforme se pensa, não haveria justificativa para tamanho preciosismo, a não ser que se queira ser extremamente meticuloso com o uso das palavras, o que, especialmente neste assunto (já tão difícil, complexo e intricado), acabaria trazendo mais confusão que clareza ou utilidade. Afinal, convenha-se, haveria justificativa para se passar a descrever um ato como “**não-nulo**” no lugar de, simplesmente, **válido**? Conclui-se ser um tanto quanto desnecessário tamanho “esmero” no uso dos termos e palavras.

Em alguns casos, é conveniente que a diferença entre os regimes da nulidade e da invalidade fique bem clara; contudo, a ânsia em separar e catalogar demais os institutos jurídicos, desnecessariamente, pode tornar um tema já difícil ainda mais complicado.

Sendo assim, não se mostra equivocado descrever a nulidade como invalidade ou mesmo falar que o ato não anulado (ou não-nulo) é válido. Assim faz Antonio do Passo

⁸²² “O recurso, como visto, sujeita-se à necessidade de interposição regular (pressuposto procedimental a ser aferido no juízo de admissibilidade). Mas, mesmo que o procedimento recursal seja inválido, em decorrência de ausência de regularidade procedimental na interposição, os órgãos *a quo* e *ad quem* não pronunciarão a nulidade, mas sim a inadmissibilidade. A invalidade da interposição acarreta o não-conhecimento do recurso, mas não a declaração da nulidade da interposição”. (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 218).

Cabral, o qual utiliza como sinônimos os termos invalidez e nulidade, fazendo apenas a correta observação de que a invalidez é um gênero do qual a nulidade é a espécie⁸²³.

Portanto, a invalidez constitui um fenômeno jurídico mais abrangente que o das nulidades⁸²⁴, as quais se circunscrevem a um círculo menor que o das invalidezes.

De toda forma, ainda que restritas a um âmbito menor de incidência, não deixam as nulidades de constituir, como afirma Mario Chiavario, “una delle principalli categorie di invalidità”⁸²⁵.

3.4.4. O reconhecimento das nulidades no direito processual: necessidade de decisão jurisdicional.

No direito civil, expõe a doutrina mais tradicional que a nulidade de pleno direito se verificaria logo de plano, sendo concomitante à prática do ato jurídico. Prescindiria, em tese, de decisão judicial para ser reconhecida⁸²⁶.

Em matéria processual, a dinâmica é outra, já que a nulidade, para que venha a ser reconhecida, precisa de uma manifestação jurisdicional a esse respeito⁸²⁷.

Roque Komatsu anota que isso é “uma peculiaridade do inválido processual”, pois “não há invalidez processual sem pronunciamento judicial”⁸²⁸.

Nesse sentido, em seara processual, seria até possível falar em **anulabilidades**, já que inexitem nulidades de pleno direito. Como bem afirma Carlos Creus, na Argentina: no processo não existem atos nulos, mas só anuláveis⁸²⁹. Entre nós, anota Guilherme Freire de Barros Teixeira que, “neste particular, a disciplina da nulidade processual aproxima-se

⁸²³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 25, nota de rodapé n. 96.

⁸²⁴ Nesse sentido, também: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 146.

⁸²⁵ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, p. 277. No mesmo sentido, referindo-se às nulidades como uma das hipóteses de invalidez dos atos processuais: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, p. 176.

⁸²⁶ Apesar do exposto, cabe discorrer que, e uma análise crítica, mesmo no plano do direito civil, não é prescindível decisão judicial reconhecendo a nulidade, pois, a rigor, como regra, é necessária a intervenção do juiz para apreciar se há, ou não, nulidade, ordenando a cassação dos efeitos eventualmente produzidos com o ato nulo. Assim, fazendo essa análise na doutrina civil: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 411-412; VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 36.

⁸²⁷ : CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 21; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 19.

⁸²⁸ KOMATSU, Roque. *Da invalidez no processo civil*, p. 207. De toda forma, o autor reconhece que, também fora do processo, pode haver necessidade de pronunciamento judicial (KOMATSU, Roque. *Da invalidez no processo civil*, p. 208).

⁸²⁹ CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 19.

da anulabilidade do direito substancial, já que, em casos de anulabilidade, o ato produz regularmente seus efeitos até que haja declaração reconhecendo a sua ocorrência”⁸³⁰.

De toda forma, como já está consagrada a denominação nulidade, não se falará em anulabilidade, até para evitar confusões com o conceito de anulabilidade, próprio do direito civil, ou, como será visto⁸³¹, da controvertida categoria da anulabilidade processual (que, em tese, decorreria de um vício que afetaria uma norma dispositiva no processo).

3.4.5. Natureza jurídica da decisão que reconhece a nulidade processual.

“Já tivemos oportunidade de observar que o ato processual, mesmo quando eivado de vícios que determinam sua nulidade, se considera válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: **o estado de nulo é um estado posterior ao pronunciamento judicial**, é o estado do ato após a aplicação da sanção de ineficácia”⁸³².

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

Constitui voz majoritária afirmar que a decisão que reconhece a nulidade no curso do processo seria declaratória, ou seja, que a decisão só declararia a existência da nulidade no processo. Quer dizer, o ato, mesmo antes da decisão judicial, por essa ótica, sempre teria sido inválido, sendo que, por razões políticas, em prol da segurança jurídica. Nesse diapasão, o ato, apesar de ser sempre nulo, só perderia sua eficácia com a decisão judicial, que declararia a nulidade. Haveria uma 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 nulidade, parte da doutrina procura diferenciar, de modo radical, invalidade de nulidade, preferindo trabalhar com a ideia de que antes da decisão judicial haveria uma invalidade, sendo que, com o reconhecimento judicial, essa invalidade passaria a ser tratada como nulidade, a qual implicaria a inaptidão do ato para produzir seus regulares efeitos⁸³³. Como já visto no item 3.4.3.2, não é conveniente diferenciar, radicalmente, como compartimentos absolutamente estanques, uma coisa de outra (isto é, a invalidade da nulidade).

⁸³⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*, p. 67. Observa o Autor, entretanto, que, diferentemente do direito material, em que a anulabilidade produz efeitos *ex nunc* (a cassação dos efeitos é a partir da decisão, havendo eficácia antes dela), a nulidade, no direito processual é *ex tunc* (isto é, os efeitos são cassados desde a prática do ato considerado nulo, desde então)(TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*, p. 67-68).

⁸³¹ No item 3.6.1.1.3.2.1.

⁸³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 193, nota de rodapé n. 326 (destacamos).

⁸³³ 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, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 580).

Com base no entendimento que a nulidade (ou invalidade) preexistiria à decisão judicial, chega a doutrina a teorizar um suposto princípio quanto à “permanência da eficácia dos atos processuais”⁸³⁴, o qual, neste trabalho, é lido como uma decorrência da *presunção de validade ou legalidade dos atos judiciais e administrativos*, pois se entende que, antes da decisão judicial pronunciando a nulidade, o ato processual, ainda que viciado, é inteiramente válido e, por conta disso, obviamente, é também eficaz.

Sendo o procedimento jurisdicional fiscalizado pela autoridade judicial, enquanto não reconhecida a nulidade, a presunção milita em favor da validade do ato, o que decorre, como dito acima, da presunção de validade dos atos jurisdicionais e administrativos.

Presume-se o que ordinamente ocorre (ou, a princípio, o que deveria ocorrer), sendo inconcebível presumir que haveria nulidade preexistente ao reconhecimento judicial, pois se supõe que juiz, por resguardar a aplicabilidade das leis e da Constituição, pratica atos processuais em conformidade com a lei e vela pela higidez do processo, cumprindo-lhe, inclusive, resguardar a regularidade do processo.

Portanto, embora grande parte da doutrina afirme que a decisão que reconhece a nulidade seja declaratória⁸³⁵, 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”⁸³⁶. Como discorre

⁸³⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 286.

⁸³⁵ Afirma José Frederico Marques: “o pronunciamento jurisdicional sobre o reconhecimento de uma nulidade, seja ela relativa, ou seja absoluta, é sempre declarativo, ao reverso do que sucede com o de anulabilidade, que tem o caráter de constitutivo” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 426). Também descreve a decisão que reconhece a nulidade como declaratória: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 286. Por seu turno, João Conde Correia fala que a decisão que reconhece a invalidade é declaratória, sendo que no que concerne à destituição dos efeitos produzidos (se houver) poderá ela ter natureza constitutiva negativa: CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 133. No mesmo sentido, afirmando que a decisão judicial que reconhece a nulidade tem natureza declaratória, podendo-se atribuir, eventualmente, efeitos desconstitutivos: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 292; MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo pena*, p. 23.

⁸³⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, 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, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas à teoria das nulidades processuais*, p. 139-140). No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 21; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 208; MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 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, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 215).

Fredie Didier Júnior, “não há invalidades processuais de ‘pleno direito’: toda invalidade processual precisa ser decretada”⁸³⁷; sendo assim, “não se declaram nulidades, *decretam-se nulidades*”⁸³⁸. Dessa maneira, como bem ensina o Autor citado “não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê, ato inválido decorre do reconhecimento do deito pelo magistrado”⁸³⁹. 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 válido⁸⁴⁰, produzindo, por isso mesmo, em regra, todos os seus efeitos jurídicos. Somente caso sobrevenha uma decisão, o ato passa da condição de válido para inválido, sendo cassados todos os eventuais efeitos jurídicos até então produzidos.

3.4.6. Natureza jurídica da nulidade: sanção processual.

A maioria da doutrina entende que a nulidade é uma sanção que torna ineficaz o ato processual viciado: constituiria um tipo de “sanção de ineficácia” imposta pela decisão do juiz ao ato processual atípico, como bem coloca Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁴¹.

Na doutrina nacional, descrevem a nulidade como uma sanção, seja em âmbito processual, seja na seara extraprocessual, os seguintes Autores: Ada Pellegrini Grinover⁸⁴², Alexandre S. Marder⁸⁴³, André Franco Montoro⁸⁴⁴, Antonio Acyr Breda⁸⁴⁵, Antonio Carlos de Araújo Cintra⁸⁴⁶, Antônio Cláudio da Costa Machado⁸⁴⁷, Antonio Magalhães Gomes

⁸³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

⁸³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. “A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”, p. 04.

⁸³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. “A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”, p. 04.

⁸⁴⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 49.

⁸⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 132. Também se referem ao termo como uma sanção de ineficácia: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 369.

⁸⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 193. A autora reafirma esse entendimento em: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 365; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18.

⁸⁴³ MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*, p. 32.

⁸⁴⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 469.

⁸⁴⁵ BREDAS, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”, p. 111 e 116.

⁸⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 365.

⁸⁴⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9.ª ed. Barueri: Manole, 2010, p. 261.

Filho⁸⁴⁸, Antonio Passo Cabral⁸⁴⁹, Antonio Scarance Fernandes⁸⁵⁰, Caio Mário da Silva Pereira⁸⁵¹, Cândido Rangel Dinamarco⁸⁵², Carlos Alberto Dabus Maluf⁸⁵³, Carlos Bastide Horbach⁸⁵⁴, Flavio Meirelles Medeiros⁸⁵⁵, Fredie Didier Júnior⁸⁵⁶, Geórgia Bajer Fernandes⁸⁵⁷, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró⁸⁵⁸, Hamid Charaf Bdine Júnior⁸⁵⁹, Hélio Tornaghi⁸⁶⁰, Heráclito Antônio Mossin⁸⁶¹, Humberto Theodoro Júnior⁸⁶², Inocência Borges da Rosa⁸⁶³, José Frederico Marques⁸⁶⁴, José Joaquim Calmon de Passos⁸⁶⁵, José Roberto dos Santos Bedaque⁸⁶⁶, Lúcio Santoro de Constantino⁸⁶⁷, Luiz Flávio Gomes⁸⁶⁸, Luiz Francisco Torquato Avolio⁸⁶⁹, Luiz Fux⁸⁷⁰, Manoel Augusto Vieira Neto⁸⁷¹, Márcio

⁸⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18.

⁸⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 26.

⁸⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18.

⁸⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I, p. 632.

⁸⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 365.

⁸⁵³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 06, 49, 74.

⁸⁵⁴ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*, p. 53-54.

⁸⁵⁵ MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*, p. 21.

⁸⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 29.

⁸⁵⁷ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 31. Os Autores, contudo, não são muito claros a respeito. Elencam um item em que descrevem “a nulidade como sanção” (item 3, do capítulo III), apesar de, no texto, discorrerem muito a respeito dos Autores que assim não entendem, sem deixar claro, ao final, qual é o seu posicionamento.

⁸⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 606. Apesar de não afirmar expressamente, o Autor fala em “sanção”, referindo-se à nulidade.

⁸⁵⁹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, p. 21, 104.

⁸⁶⁰ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, p. 299.

⁸⁶¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 63.

⁸⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 262.

⁸⁶³ BORGES DA ROSA, Inocência. *Nulidades do processo*, p. 81.

⁸⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 394.

⁸⁶⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 101; 106.

⁸⁶⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, a certa altura do capítulo V, dedicado à análise das nulidades processuais, afirma que, em alguns casos “não há razão para aplicar a sanção pela não-observância da forma” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 499), o que indica que o Autor entende que a nulidade constituiria uma sanção. De toda forma, expõe que a controvérsia se a nulidade seria, ou não, uma sanção “é terminológica. Na substância, todos estão de acordo em que a nulidade é consequência da desconformidade entre o ato e a forma legal” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 505, nota de rodapé n. 172).

⁸⁶⁷ Na verdade, o Autor é um pouco dúbio. Assim ele afirma: “de nosso lado, passamos a defender que a natureza da nulidade depende do prisma de visão. Ou seja, se examinarmos a nulidade apenas como vício (qualidade), sua natureza jurídica será de imperfeição. Porém, se examinarmos ela como efetiva decretação de invalidade (consequência), sua natureza jurídica será de sanção” (CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no processo penal*. 4.ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 31).

⁸⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 337.

⁸⁶⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*, p. 51, 105.

⁸⁷⁰ Segundo sustentada, em sede doutrinária, Luiz Fux: “a sustação de efeitos com a desconsideração do ato é uma sanção que se denomina ‘nulidade’, impondo que se realize novamente a atividade” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, p. 360). Em sede jurisprudencial, consulte-se acórdão de sua relatoria: STJ, REsp 842.056/PR, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 03.06.2008, v.u.

Geraldo Britto Arantes Filho⁸⁷², Marco Antonio de Barros⁸⁷³, Marcos Alexandre Coelho Zilli⁸⁷⁴, Maria Helena Diniz⁸⁷⁵, Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁸⁷⁶, Moacyr Amaral dos Santos⁸⁷⁷, Orlando Gomes⁸⁷⁸, Paulo Sérgio Leite Fernandes⁸⁷⁹, Paulo Rangel⁸⁸⁰, Pontes de Miranda⁸⁸¹ e Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart⁸⁸². Também na doutrina estrangeira o entendimento de que a nulidade seria uma sanção processual goza de muito prestígio, podendo-se, citar os seguintes Autores: Alberto Luis Maurino⁸⁸³, Benedetto Pellingra⁸⁸⁴, Caetano Leto⁸⁸⁵, Carlos M. Bernaldo de Quiros⁸⁸⁶, Clelia Iasevoli⁸⁸⁷, Daniel Horacio Obligado⁸⁸⁸, Eduardo Massari⁸⁸⁹, Eugênio Florian⁸⁹⁰, Gabriel H. Di Giulio⁸⁹¹, Gerardo Ramon Di Masi⁸⁹², Geraldo Walter Rodriguez⁸⁹³, G. Sebastián Romero⁸⁹⁴, Luis

⁸⁷¹ VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, p. 08, 35

⁸⁷² ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro*, p. 44.

⁸⁷³ BARROS, Marco Antonio de. “A nulidade derivada da inobservância do artigo 514 do CPP”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, Ano 6, n. 62, jan./1998, p. 10.

⁸⁷⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 157. O Autor reafirma esse entendimento, mais recentemente, ao falar, expressamente, em sua Tese de Doutorado, em “sanção de nulidade”: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 178.

⁸⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 1. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 557.

⁸⁷⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Os sistemas de persecução penal e seus órgãos de acusação”. *Criminalia*, México, ano LXIX, n. 2, mai.-ado./2003, p. 118-119

⁸⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.º vol, p. 62.

⁸⁷⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 403.

⁸⁷⁹ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 31. Novamente, faz-se a ressalva: os Autores não são muito claros, pois elencam um item em que descrevem “a nulidade como sanção”, apesar de, no texto, discorrerem muito a respeito dos Autores que assim não entendem, sem deixar claro, ao final, qual é o seu posicionamento.

⁸⁸⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 606, 608.

⁸⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. Atualizadores. Marcos Bernardo de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 289.

⁸⁸² GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *A tortura e prova no processo penal*, p. 101.

⁸⁸³ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 14.

⁸⁸⁴ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 111.

⁸⁸⁵ LETO, Caetano. *As nulidades no processo penal*. Tradução: Theotonio Freire. Natal: Augusto de Leite, 1911, p. 04.

⁸⁸⁶ DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo & RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en El Proceso Penal*, p. 21.

⁸⁸⁷ IASEVOLI, Clelia. *La nullità nel sistema processuale penale*. Napoli: CEDAM, 2008, p. 123-125.

⁸⁸⁸ DI MASI, Geraldo Ramón & OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las Nulidades En El Proceso Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2011, p. 68.

⁸⁸⁹ MASSARI, Eduardo. *Il Processo Penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934, p. 450.

⁸⁹⁰ FLORIAN, Eugênio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Traducción: L. Prieto Castro. Barcelona: BOSCH, 1934, p. 123.

⁸⁹¹ DI GIULIO, Gabriel H. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 120.

⁸⁹² DI MASI, Geraldo Ramón & OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las Nulidades En El Proceso Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2011, p. 68.

⁸⁹³ DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo & RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en El Proceso Penal*, p. 21.

⁸⁹⁴ ROMERO, G. Sebastián. “Ineficacia expansiva de los actos procesales”. *Pensamiento penal y criminológico*: revista de derecho penal integrado, Córdoba, ano v, n. 8, 2004, p. 136.

María Desimoni⁸⁹⁵, Marcelo J. López Mesa⁸⁹⁶, María Inés Tornabene⁸⁹⁷, Mario Chiavario⁸⁹⁸, Mario Pisani⁸⁹⁹, Paolo Di Geronimo⁹⁰⁰, Ricardo Santiago Tarantini⁹⁰¹, Roberto Ignacio Cornejo⁹⁰², Salvatore Satta⁹⁰³, Sergio Gabriel Torres⁹⁰⁴, Valentín H. Lorences⁹⁰⁵ e Vincenzo Manzini⁹⁰⁶.

Como visto, 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 ato⁹⁰⁷. Uma parte também entende que a nulidade não seria uma sanção por outro fundamento: a nulidade se equipararia ao próprio vício⁹⁰⁸.

⁸⁹⁵ DESIMONI, Luis María & TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia. Problemática del Mercosur. Internalización del delito*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 04. Igualmente: DESIMONI, Luis María & TARANTINI, Ricardo Santiago. *Las Nulidades en el Proceso Criminal: a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional*. Catamarca: Editorial policial, 1996, p. 29.

⁸⁹⁶ Para o Autor, “la nulidad es una sanción, pero no es sólo eso, es mucho más” (LOPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales em La doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 26).

⁸⁹⁷ LORENCES, Valentín H. & TORNABENE, María Inés. *Nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Universidad, 2005, p. 134.

⁸⁹⁸ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, p. 276.

⁸⁹⁹ PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*, p. 195.

⁹⁰⁰ DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*, p. 05.

⁹⁰¹ DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal*, p. 04. Igualmente: DESIMONI, Luis María & TARANTINI, Ricardo Santiago. *Las Nulidades en el Proceso Criminal*, p. 29.

⁹⁰² CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está facultado El fiscal de instrucción para declarar La nulidad?* Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 38-39.

⁹⁰³ SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Curatore: Carmine Punzi. 9.ª ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 242. O autor não é expresso. Contudo, da seguinte passagem se chega à conclusão de que ele entende que a nulidade é uma sanção processual: “Se si osservano attentamente gli artt. 156-162 del c.p.c., si rileva infatti che essi, più che enunciare positivamente motivi di nullità, stabiliscono limitazioni alla sussistenza e alla rilevanza della nullità: onde questa appare piuttosto l’eccezione che la regola nel campo delle sanzioni processuali” (SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Curatore: Carmine Punzi. 9.ª ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 242).

⁹⁰⁴ TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades em El proceso penal*, p. 31.

⁹⁰⁵ LORENCES, Valentín H. & TORNABENE, María Inés. *Nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Universidad, 2005, p. 134.

⁹⁰⁶ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Vol. 3, p. 77.

⁹⁰⁷ No processo penal: AROCENA, Gustavo Alberto. *La nulidad en el proceso penal*. 3ª ed. Córdoba: Mediterránea, 2007, p. 76; AROCENA, Gustavo Alberto. “La nulidad y La ley procesal penal cordobesa”. *Pensamiento penal y criminológico: revista de derecho penal integrado*, ano III, n. 5, 2002, p. 18; No direito processual civil: SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76-77.

⁹⁰⁸ Na doutrina penal, nesse sentido, consultem-se: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1006; MARQUES TOVO, João Batista & TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5; PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Nulidades no processo do júri*. Bauru: Edipro, 1999, p. 18. No processo civil, a doutrina tradicional 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

Outra parte da doutrina utiliza ainda um terceiro argumento, pois, a seu ver, se a nulidade fosse sanção, ela deveria estar cominada para cada tipo específico de vício, já que não haveria sanções implícitas⁹⁰⁹. Há inclusive quem, apesar de entender que a nulidade não seja uma espécie de sanção, se pergunte: afinal, “qual a relevância dessa discussão?”⁹¹⁰.

Embora a discussão quanto à natureza jurídica da nulidade não seja uma questão de somenos importância, já que as sanções, em regra, são de interpretação restritiva, o que tem impacto nas nulidades processuais, não há motivo para tanta polêmica e confusão.

Pois bem, o primeiro argumento para combater a concepção de que a nulidade constituiria uma sanção baseia-se na assertiva de que, ao se equiparar nulidade à sanção, o intérprete estaria fazendo uma confusão entre o âmbito do ilícito (das proibições) com o do inválido, confundindo normas imperativas (das normas de direito material) com as normas potestativas (das normas processuais)⁹¹¹. A nulidade, então, seria uma mera consequência à prática imperfeita do ato, decorrência de uma norma potestativa⁹¹².

A assertiva não procede, pois, no processo, sobretudo de cunho penal, mais que ritos, formas e procedimentos, a nulidade visa resguardar valores, funcionando como uma sanção às violações dos direitos e das garantias fundamentais do homem. Não haveria normas propriamente potestativas no processo, pois, em alguns casos, sobretudo quando inexistir prejuízo (violação de um direito), a forma do ato pode ser, certamente, colocada de lado. Fossem as normas potestativas, o exposto não poderia ocorrer, pois sempre seria necessária a observância à forma, que, se quebrada, levaria automaticamente à nulidade.

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, Tito Prates da. *As nulidades em face do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 54).

⁹⁰⁹ Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 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).

⁹¹⁰ BAGGIO, Lucas Pereira & TESHEINER, José Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro*, p. 54.

⁹¹¹ Segundo Giovanni Conso, “in tutti gli ordinamenti, statuali o no, le disposizioni che configurano schemi di comportamento si dividono in due categorie fondamentali: le disposizioni che ricollegano conseguenze a comportamenti considerati in modo favorevole dall’ordinamento e, quindi, da esso tutelati; e le disposizioni che ricollegano conseguenze a comportamenti considerati in modo sfavorevole dall’ordinamento e, quindi, da esso riprovati. Evidentemente, le conseguenze se presenteranno nei due casi con caratteri ben diversi: nel primo si tratterà di effetti conformi alla normale intenzione e agli interessi dell’autore del comportamento; nel secondo di effetti contrari a tale normale intenzione e a tali interessi. Sottolineato che lo schema di comportamento previsto da una disposizione è appunto quello a cui essa ricollega delle conseguenze, e non già il suo inverso, anche se la disposizione fosse formulata riguardo a que’ultimo, ne conseguenze che le disposizioni del primo gruppo pongono sempre uno schema di comportamento da seguire (e validi si diranno i comportamenti conformi, invalidi i disformi), quello del secondo pongono sempre uno schema da evitare (ed illeciti si diranno i comportamenti che, ciononostante, riprodurranno lo schema)”(CONSO, Giovanni. *Il concetto e le specie d’invalidità*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 07-08). Nesse sentido, também é o entendimento de: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 432.

⁹¹² Na Argentina, tratando, de modo amplo, desses conceitos: MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

Em segundo lugar, essa classificação em normas potestativas e imperativas é um pouco criticável. No ponto, poderia haver confusão com direitos potestativos, que não precisam da interferência de quem quer que seja para serem exercidos. Ora, o que ocorre no processo é todo o contrário: para o exercício de muitos dos direitos e das garantias, que são tuteláveis pelas normas processuais, haverá deveres por parte das autoridades e, em certo sentido, de todos os participantes do processo, de modo a possibilitar que todos os direitos sejam exercidos, garantidos e respeitados. No processo, não há como vislumbrar direitos potestativos, que poderiam ser exercidos sem a intervenção de quem quer que seja.

Muitos atos não constituem exercício de um poder potestativo, em relação ao qual a parte teria livre poder de disposição (renúncia), pois, muitas vezes – sobretudo no âmbito penal – a parte não terá escolha em exercitar ou não o seu direito: por exemplo, a ampla defesa deve ser efetiva, de modo que o próprio magistrado, vendo que o réu está indefeso, pode anular o feito e, caso não haja um defensor de confiança que foi constituído pelo réu, deverá lhe nomear um para patrocinar o causa⁹¹³.

Ademais, como já foi dito anteriormente⁹¹⁴, não existem nulidades processuais *de pleno direito*. A existência da nulidade não é algo automático, objetivo. Soa estranho descrever a nulidade apenas como uma consequência ao vício, por violação de uma norma potestativa, como se fosse uma resposta imediata ao vício. Na verdade, seja na teoria, seja na prática, as coisas não funcionam, necessariamente, desse modo, observando-se que, não obstante haja a violação da norma, nem sempre a nulidade será pronunciada.

A nulidade não surge do nada, como em um passe de mágica. Ela precisa ser decretada no curso do processo pelo juiz, que *sanciona* a violação de algum direito ou garantia fundamental, decorrente, em regra, de algum vício (frise-se: formal e não formal).

A respeito do assunto, Fredie Didier Júnior pontua que “é importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados à responsabilidade civil ou penal. O ato inválido é um ato que contém um ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante”⁹¹⁵. Mesmo porque, há zonas de intersecção entre ilicitude e invalidade muito mais estreitas do que se poderia imaginar. Embora discorrendo sobre a ilicitude da prova, Ada Pellegrini Grinover, desde há muito, já aduzia, entre nós, que, “**sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos**, o princípio de que o que é nulo é inválido é também

⁹¹³ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam que “isso não vale apenas para os julgamentos do Júri, consistindo, na verdade, norma de garantia aplicável a todo e qualquer procedimento penal” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 72).

⁹¹⁴ No item 3.4.5.

⁹¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. “A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”, p. 04.

geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídica de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova”⁹¹⁶. De modo que o inválido pode muito bem ser considerado ilícito.

A doutrina acrescenta outro argumento para rechaçar a ideia de que a nulidade seria uma sanção. Na doutrina nacional, Roque Komatsu afirma que a nulidade não poderia ser comparada a uma sanção, pois “as sanções não são sequer concebíveis se não podem conectar-se, pelo menos objetivamente, a um prejuízo para o infrator ou, na pior das hipóteses, para alguma pessoa; a idéia de mal irrogado ou de prejuízo é consubstancial a elas”. Logo adiante, conclui o referido Autor: “juridicamente, sem embargo, o conceito de nulidade é totalmente neutro, isto é, não representa *de per se* nenhum prejuízo ou benefício, mas uma crítica à ação levada a efeito incorretamente e, por isso, incapaz de produzir o efeito que a norma lhe assina”⁹¹⁷. Para essa corrente, melhor seria também tratar a nulidade como uma mera consequência ou efeito ao ato deficiente.

A nulidade equivaleria a uma privação de efeitos do ato, decorrendo não de uma ilicitude, mas sim de uma imperfeição da forma prevista para o ato. Assim expõe Paolo Tonini, na Itália, “ocorre rilevare l’espressione ‘sanzione processuale’, contenuta sia nella legge delega, sia nell’art. 124 del codice di procedura penale, non pare corretta. Infatti, la ‘sanzione’ é una conseguenza che si aggiunge come reazione ad un comportamento valutato sfavorevolmente dall’ordinamento giuridico. Pertanto il termine ‘sanzione’ può essere usato soltanto nel diritto sostanziale. Ad esempio, la commissione di un atto illecito può dar luogo alla applicazione di una ‘sanzione’ penale, civile o disciplinare”⁹¹⁸.

Paolo Di Geronimo, por seu turno, entende contrariamente, afirmando que “la tesi non appare condivisibile ove si intenda la sanzione come reazione dell’ordinamento ad un comportamento espressamente vietato, quale può sicuramente considerarsi la formazione di un atto in maniera contraria alla previsione di legge”⁹¹⁹.

No ponto, mormente na seara penal, entende-se sim possível trabalhar com ideia de nulidade como sanção⁹²⁰, uma consequência desfavorável à violação de algum valor.

⁹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 142. (destacamos).

⁹¹⁷ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 188.

⁹¹⁸ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, p. 178.

⁹¹⁹ DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*, p. 05. E arremata que “la tesi che vede nell’invalidità una forma riconducibile al concetto di sanzione trova un possibile riscontro normativo nel’art. 124 c.p.p. il quale espressamente prevede l’obbligo di osservare le norme del codice di rito anche quando la loro inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale” (DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*, p. 05.)

⁹²⁰ 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”.

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*.

Na seara penal, não há como separar, como compartimentos estanques, ilicitude e nulidade, especialmente porque, no processo, por injunção constitucional, há direitos e deveres no que tange à garantia dos direitos fundamentais, cumprindo ao juiz fiscalizar a regularidade do processo⁹²¹, com vistas a propiciar às partes o exercício (às vezes, inclusive de modo compulsório e efetivo) de seus direitos. Quando o juiz não cumpre esse papel, isto é, quando não fiscaliza o devido processo penal, o pronunciamento da nulidade, nas instâncias superiores, não deixa de constituir uma sanção, ou, ao menos, um desprestígio ao magistrado, o qual não conduziu bem o processo, dando margem à nulidade.

É certo que se poderia argumentar que seria um contrassenso ver na nulidade uma sanção e admitir que o próprio Estado se autoaplicasse uma sanção.

Na verdade, esse argumento não é uma objeção idônea, pois há diversas situações em que se admite que o Estado possa sancionar a própria conduta (em seara administrativa, há a responsabilidade objetiva do estado pelos danos causados⁹²²), lembrando-se que, em âmbito penal, com a responsabilidade penal da pessoa jurídica (nos crimes ambientais), poderia o Estado aplicar uma sanção penal em face de si próprio.

Não há problema em se conceituar a nulidade como uma sanção⁹²³, desde que, contudo, ela não seja equiparada a uma *pena*⁹²⁴: como bem explica o Antonio de Passo Cabral, a concepção de pena remete a uma ideia de tipicidade estrita, sendo que muitas nulidades que são reconhecíveis no processo não estão (aliás, nem devem estar) cominadas

⁹²¹ 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”.

⁹²² Artigo 37, § 6.º, 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”

⁹²³ No Brasil, os tribunais, de forma relativamente segura e reiterada, têm entendido que a nulidade constitui uma sanção. A título ilustrativo, seguem as seguintes decisões: STF, HC 11º.160/DF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 2.ª T., j. 18.12.2012, v.u.; STF, HC 107.882/MG, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 07.02.2012; STF, RHC 99.779/SP, Ministro Relator Dias Toffoli, 1.ª T., j. 16.08.2011; STF, ADIn 1127/DF, Ministro Relator originário: Marco Aurélio; Ministro Relator para acórdão: Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 17.05.2006; STF, RE 88.442/RJ, Ministro Relator Moreira Alves, 2.ª T., J. 13.12.1977, v.u.; STJ, HC 94.805/SP, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.ª T., j. 18.03.2008, v.u.; STJ, RHC 4.501/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.ª T., j. 24.05.1995, v.u.; STJ, REsp 11.925/SP, Ministro Relator Athos Carneiro, 4.ª T., j. 18.02.1992, v.u.; TJSP, Apel. 0082508-35.2008.8.26.0224, Desembargador Relator Hugo Crepaldi, 25.ª Câmara Priv., j. 27.06.2013, v.u.; TJSP, Ag. 994092415213/SP, Desembargador Relator Fermino Magnani Filho, 5.ª Câmara Pub., j. 1º.03.2010; TRF-3.ª Região, Apel. 10447 SP 0010447-31.2008.4.03.61.81, Desembargador Relator Cotrim Guimarães, 2.ª T., j. 07.05.2013; TRF-3.ª Região, HC 50677 MS 2002.03.00.050677-7, Desembargador Relator Peixoto Júnior, 2.ª T., j. 15.04.2003.

⁹²⁴ Na lei é comum a designação “sob pena de nulidade”, que melhor deve ser entendida como uma sanção. Em autores mais antigos é possível vislumbrar a nulidade com a pena. A esse respeito: SALES, José Roberto da Cunha. *Nullidades dos actos do processo criminal*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884, p. VII.

expressamente na lei; para o Autor, o ato em desrespeitoso à forma seria um ato ilícito, cuja conseqüente nulificação constituiria uma sanção, embora não equiparável à concepção de pena⁹²⁵. De fato, é indevida a analogia que se faz entre a nulidade com a pena⁹²⁶, pois, em muitos casos, será justamente através do reconhecimento da nulidade que se garantirá a higidez do processo, não podendo ser ela 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 para sanar um vício, deve a nulidade ser decretada quando for necessário, não existindo qualquer discricionariedade ou mesmo juízo de conveniência/oportunidade na sua incidência no processo penal. Sendo a 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**⁹²⁷.

No ponto, ressalta-se que pode mesmo ser difícil para um juiz invalidar um ato ou, por exemplo, todo o processo. Contudo, o que deve ser ponderado é que muito mais grave que a invalidação dos atos processuais será a situação consubstanciada na “condenação de um acusado com proscricção das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da liberdade...”⁹²⁸.

3.4.6.1. Breves anotações quanto às demais sanções dentro do processo: repercussões no sistema de nulidades processuais.

Além da nulidade, existem outros tipos de sanções processuais⁹²⁹.

Podem ser citadas as (1) cominações de multa, para as mais variadas condutas, e o (2) reconhecimento da má-fé, a qual, em processo penal, em hipóteses excepcionais, pode

⁹²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 26.

⁹²⁶ Nesse sentido: CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 06-08.

⁹²⁷ A rigor, quando o artigo 5.º, 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.

⁹²⁸ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 41.

⁹²⁹ Poder-se-ia pensar na prisão provisória como uma espécie de sanção processual. Contudo, essa denominação, apesar de ser teoricamente plausível, particularmente não agrada: primeiro porque se poderia fazer uma confusão com a sanção penal, podendo-se passar a equivocada impressão de que a prisão provisória serviria como antecipação de pena; em segundo lugar, ainda que se pudesse pensar que, com o descumprimento das medidas alternativas à prisão, pudesse a prisão funcionar como sanção, não é bem isso que ocorre (ou deveria ocorrer). Até mesmo para a decretação de prisão, nesses casos, deverá o juiz ponderar quanto à necessidade da custódia cautelar e analisar se, no caso concreto, não seriam suficientes outras medidas alternativas (proporcionalidade). A rigor, é isso que está posto, ainda que com outras palavras, no artigo 282, § 4.º, do Código de Processo Penal.

ter aplicação prática. A má-fé também se consubstancia em um argumento comumente utilizado, ainda que indiretamente, para não se pronunciar alguma nulidade.

Diferentemente da nulidade, em regra, as demais sanções não têm em vista – ou como o objetivo principal - restaurar um direito ou garantia fundamentais violados com a prática imperfeita (ou até omissiva) do ato, mas de repreender diretamente a conduta da parte ou de um sujeito processual (perito) que atuou com desídia ou com má fé.

No que concerne à aplicação da multa, não serão feitas maiores observações⁹³⁰, pois se encontram taxativamente cominadas na lei.

O importante é tratar da má fé, pois, muitas vezes, se utiliza o argumento da má fé (ou da litigância de má fé), de modo velado e indireto, para não se decretar uma nulidade em favor da parte que a suscita.

3.4.6.1.1. A utilização da conduta desleal (má fé) para não reconhecer a nulidade.

No processo penal, a expressa menção à má-fé é bem mais restrita se comparada ao direito processual civil, podendo-se citar, a título exemplificativo, os seguintes casos: (a) para sancionar a parte que faz uso do recurso equivocado, sendo inaplicável a sua fungibilidade (artigo 579, *caput*, do Código de Processo Penal⁹³¹); (b) para condenar “nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação” (artigo 653, do Código de Processo Penal) e (c) para sancionar ao pagamento das perdas e danos a parte que, uma vez “realizada a diligência de busca e apreensão (...) tiver requerido de má-fé, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro”⁹³². Fora dessas raras hipóteses, não há como reconhecer a litigância de má-fé no processo penal⁹³³, devendo-se ver com cuidado a importação que muitas vezes se quer fazer do dever de lealdade processual, aplicável ao processo civil, para o direito processual penal. Não há, em nossa seara, por parte do juiz penal, um poder geral de cautela, sendo impertinente,

⁹³⁰ Pode também haver outros tipos de sanções que não sejam processuais, como as administrativas e, em alguns casos, inclusive penais (por exemplo, denúncia caluniosa, do artigo 339, do Código Penal).

⁹³¹ Artigo 579, *caput*, do Código de Processo Penal: “Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

⁹³² Artigo 204, da Lei 9.279/1996 (propriedade industrial).

⁹³³ Seria uma indevida analogia com o processo civil admitir, no penal, a multa por litigância de má-fé, já que seria uma analogia *in malam partem*. De toda forma, ainda que fosse possível, “a analogia restaria bastante dificultosa, pois, no processo penal, as causas não possuem um valor (como ocorre no processo civil, de acordo com o artigo 258 daquele Código) que pudesse servir de base à sanção pecuniária, ficando o *quantum* de possível multa ao arbítrio do juiz” (SOUZA, Alexander Araujo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 211). No mesmo sentido, inadmitindo a analogia no processo penal, já que “não cabe recorrer à analogia em matéria de aplicação de sanções”: NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Lealdade processual: elementos da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 259.

entre nós, fazer menção ao *contempt of court*⁹³⁴, bem peculiar ao direito estadunidense, que, “decididamente não guarda qualquer paralelo com a tradição brasileira”⁹³⁵.

No ponto, toca-se nesse delicado tema da conduta processual, já que, no processo penal, não raro os tribunais não têm pronunciado a nulidade, sob o argumento (ainda que não expresso) de que o advogado e o acusado não contribuíram com a justiça. A esse respeito, pondera-se nos julgados que a defesa aguardou anos para alegar a nulidade e não apontou o vício logo no primeiro momento que tinha para fazê-lo, mesmo nas hipóteses em que a nulidade seja de ordem absoluta⁹³⁶, que, como veremos⁹³⁷, diz respeito a um vício que é insanável (não estando sujeito à preclusão). Ora, o que é isso senão uma “indireta” de que o acusado não atuou com boa-fé, ou melhor, não agiu com lealdade, razão pela qual não se deveria pronunciar a nulidade alegada em seu favor.

Em processo penal, mais especialmente no que tange ao defensor do imputado, dever de lealdade existe, mas ele se dá, principalmente, entre o defensor e o acusado.

Como expõe Francisco Carnelutti, o advogado deve ser patrono e o melhor amigo de seu cliente⁹³⁸, sendo também o seu maior companheiro⁹³⁹.

A um verdadeiro advogado não se pode pedir nada menos que isso.

⁹³⁴ O juiz norte-americano é dotado de uma série de poderes, entre os quais o de, inclusive, cominar multa à parte ou ao advogado que se atrase, entre outras situações (toque de celulares em audiência). Recentemente, um juiz estadunidense deu o exemplo ao chegar a se (auto) aplicar uma multa, por seu celular ter “tocado” na sessão de audiência. A respeito do assunto, consulte-se: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-17/notas- curtas- juiz-eua-aplica-multa-si-mesmo-causa-celular>.

⁹³⁵ SOUZA, Alexander Araujo de. *O abuso do direito no processo penal*, p. 208.

⁹³⁶ Com relação à construção pretoriana da preclusão da nulidade absoluta, há decisão discorrendo que “se a matéria jamais foi argüida pela defesa durante o processo de conhecimento, seja nas alegações preliminares, nas alegações finais, ou nas razões de apelação, impõe-se o reconhecimento da preclusão” (STJ, HC 99.390/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 01.º.09.2009), não obstante já tivesse decidido a 6ª Turma, em espaço de poucos dias, que “quando de caráter absoluto, a nulidade não preclui nem é considerada sanada; pode ser argüida em qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Relator)” (STJ, HC 125.161/SP, Ministro Relator Nilson Naves, 6.ª T., j. 24.08.2009).

⁹³⁷ Item 3.6.1.1.3.2.

⁹³⁸ “O som da simples palavra ‘advogado’ ecoa como um grito de ajuda. *Advocatus vocatus ad*, o chamado a socorrer. O médico também é chamado a esse mister, mas só ao profissional do Direito é dado o nome de advogado. Entre as prestações de socorro do médico e do advogado existe uma diferença que, se não ressaltada pelo direito, evidencia-se por uma interpretação mais apurada da linguagem. Advogado é aquele a quem se pede, em primeiro lugar, propriamente a amizade, pela forma essencial da ajuda que lhe é solicitada. Da mesma forma a palavra cliente, utilizada para designar o que pede ajuda, no caso, vem a reforçar essa interpretação. Na sociedade romana, o cliente pedia proteção ao patrono e esse é, também, um nome dado ao advogado. Por fim, a derivação patrono, do radical ‘*pater*’, permite-nos projetar a luz do amor sobre a relação patrono-cliente” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2010, p. 36-37).

⁹³⁹ “Companheiro vem de *cum pane* e significa pessoa que conosco compartilha o pão. Essa palavra exprime a ideia de uma pessoa pondo-se no mesmo nível, condições e ao lado de uma outra, para não deixá-la sozinha. A necessidade do cliente, especialmente quando ele é o acusado, é a de ter alguém que, para ajudá-lo, tome posição e fique com ele no último degrau da escada” (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*, p. 38).

Não se está com o exposto dizendo que o advogado ou o réu possam proceder de modo ilícito, enganoso ou criminoso no processo. De forma nenhuma.

O que se quer pontuar é que, dentro do plano da legalidade, o advogado, por expressa injunção constitucional (ampla defesa), deve utilizar de todos os meios e recursos para inviabilizar a concretização de uma eventual e futura condenação, nem que para tanto tenha que atuar estrategicamente: por exemplo, ao vislumbrar uma possível hipótese de nulidade, em vez de alegá-la logo no primeiro momento, pode ser que o profissional prefira esperar e guardar esse argumento para momento posterior, pois, em caso de condenação, terá meios para reverter a decisão, nem que seja por meio de sua invalidação.

Não há nada de errado ou extraordinário nisso. Estranho seria o contrário.

É equivocado pretender jogar nas costas do advogado a culpa e todos os ônus pela incompetência dos magistrados e dos acusadores que, às vezes, no afã de condenar a todo custo, minam o processo com diversos vícios. Ora, diante dessa ânsia em condenar (até, às vezes, por parte do juiz), só cabe mesmo ao advogado brigar pelo seu cliente e defendê-lo com as armas que o direito processual (legitimamente) lhe confere.

É certo que, no plano macro, o processo é um instrumento de justiça. Para tanto, cabe ao juiz velar para que esse importante instrumento chegue ao seu efetivo objetivo: cabe a ele fiscalizar o procedimento e sanar eventuais imperfeições, desde logo, sendo também um garantidor e, de certa forma, corresponsável pelos vícios que podem afetar o processo. Contudo, não pode ser negado que, no plano micro, isto é, na visão dos sujeitos parciais envolvidos no processo, eles atuam como se estivessem em um jogo. Sendo assim, por óbvio, todo jogo é feito de estratégias. Não existe dever de contribuição do advogado para sanar os erros e equívocos da justiça: ele não tem a obrigação, por exemplo, de intimar o réu quando este não é intimado pelo funcionário público encarregado de fazê-lo. Não é lícito, portanto, nesse caso, que, uma vez sendo alegada a nulidade do ato, não se a reconheça, sob o argumento de que caberia ao advogado avisar o seu cliente.

É inadmissível que a justiça queira jogar nas costas do acusado e de seu defensor a culpa pelos seus próprios equívocos.

Não se pode, igualmente, por meio de uma argumentação indireta, transformar em relativas todas as nulidades que a lei estabelece como absolutas (**insanáveis**): o que vem ocorrendo com certa frequência, sobretudo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que, comumente, apontam que a nulidade (ainda que absoluta) demorou muito tempo (alguns anos) para ser alegada pela parte. Ora, a rigor, o que é isso senão uma espécie de sancionamento implícito pela suposta “má-fé” da conduta processual da parte, que, em tese, não teria agido com a devida lealdade processual?

3.4.7. Da correspondência entre a (in)validade (nulidade) e a (in)eficácia jurídica.

É comum afirmar que o ato nulo não gera efeitos jurídicos para o processo⁹⁴⁰, enquanto o ato válido, em regra, teria total eficácia jurídica

Dessa maneira, haveria uma correspondência entre validade e eficácia, sendo que os atos válidos seriam eficazes e atos inválidos, por seu turno, ineficazes.

Tendo em vista o exposto, parcela da doutrina classifica a ineficácia como um gênero, do qual a nulidade seria uma sua espécie⁹⁴¹. Entretanto, o assunto nem sempre é tão harmônico e linear assim. É possível vislumbrar a existência de atos inválidos, porém eficazes, bem como a presença de atos válidos, mas ineficazes.

No direito material, são mais corriqueiros exemplos de atos inválidos que podem produzir efeitos jurídicos, e de atos válidos que são ineficazes.

Dependendo do caso, e das circunstâncias envolvidas, pode o ato inválido gerar parte ou até mesmo a totalidade dos efeitos de um ato inteiramente válido, o que se admite por razões de ordem pública, sobretudo quando se coloca a proteção e segurança jurídica do indivíduo frente aos desmandos do Estado. Outras vezes, será simplesmente impossível retornar ao *status quo ante*, devendo a abstração das construções teóricas ceder espaço frente aos imperativos da vida, pois o direito é feito em prol dos homens, não o contrário.

No direito administrativo, há hipóteses em que, mesmo havendo alguma nulidade, ainda assim o ato pode produzir efeitos, quando em prol da segurança jurídica de terceiros de boa-fé. Por exemplo, não obstante haja alguma invalidade na nomeação de alguém para ocupar cargos públicos, na hipótese de inexistir má-fé, não são poucas as decisões judiciais que têm entendido que o ato, ainda que nulo, tem total aptidão para produzir efeitos jurídicos⁹⁴². Nos contratos administrativos, não obstante sua nulidade, caso não haja má-fé,

⁹⁴⁰ A doutrina discorre que o ato nulo não produz efeitos *tipicamente* processuais, sendo que a nulidade não impede que o ato possa, eventualmente, produzir *outros efeitos*, especialmente naquelas situações. Em outras palavras, a nulidade reconhecida não impede que o ato (ainda que inválido) seja valorado como elemento de prova ou indício da prática de um suposto crime. Como exemplifica Carlos Creus: “Por ejemplo, el desacato cometido en una audiencia que luego es declarada nula (...) no son efectos que puedan desaparecer por haberse declarado la nulidad en el proceso penal. Pero, como ya lo hemos adelantado, en ciertas ocasiones tal conclusión puede ser improcedente, por estar los efectos procesales de tal modo imbricados con los sustanciales, que la invalidez procesal concretada por la declaración de nulidad se refleja en estos últimos. Eso pasa cuando la amenaza al bien jurídico protegido por las normas sustanciales únicamente podría concretarse como amenaza al mismo a través de los efectos procesales de un acto de esa naturaleza; por ejemplo, el falso testimonio sólo puede amenazar al bien jurídico penalmente protegido cuando la declaración del testigo puede ser tomada como valedera para el examen de mérito de la causa, mas no cuando se ha declarado su nulidad” (CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 96-97).

⁹⁴¹ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 16.

⁹⁴² A título ilustrativo: “... Em sede de concurso público não se deve perder de vista a finalidade para a qual se dirige o procedimento. Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do estado de direito.” (REsp 6.518/RJ, Rel.

o prestador não tem que devolver os valores recebidos pelo serviço executado, sendo que, às vezes, sequer há a invalidação do próprio contrato⁹⁴³.

Assim também ocorre com algumas nulidades existentes no direito do trabalho, sobretudo para proteger o hipossuficiente, seja contra o Estado, seja contra o particular. Por exemplo, não obstante haja alguma nulidade do contrato de trabalho, dependendo da situação, pode ele gerar *alguns* ou mesmo *todos* os seus efeitos jurídicos. Assim ocorre com a hipótese de um contrato de trabalho envolvendo um menor de 14 (quatorze) anos. Ora, uma vez executada a prestação de serviços, seria impensável fingir que a situação inexistiu, isto é, que o trabalho não foi prestado. Portanto, uma aplicação fria e pura da teoria das nulidades implicaria a ineficácia jurídica do contrato, com a invalidade do pagamento de salário e do reconhecimento de alguns direitos. Obviamente, por razões de ordem pública, de justiça e de segurança jurídica, bem como para a proteção do menor tutelado, o ato nulo produzirá todos os seus regulares efeitos, como se tivesse sido sempre válido⁹⁴⁴.

Aliás, diga-se de passagem, no direito constitucional, mesmo diante de uma das maiores ilegalidades do direito - a inconstitucionalidade de algum ato jurídico -, ainda assim poderão ser preservados alguns dos efeitos jurídicos do ato inconstitucional, tudo em prol da segurança jurídica (modulação de efeitos)⁹⁴⁵. Aliás, a inconstitucionalidade de uma lei, sobretudo na seara penal, adquire contornos especiais (segurança jurídica do cidadão). Por isso, a lei penal inconstitucional, quando favorável ao acusado, pode ter eficácia jurídica plena, pois, como observa o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o homem do povo (e, às vezes, não só o cidadão comum) crê que a lei aparentemente constitucional, já que votada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente, é válida e eficaz, não podendo, mais tarde, ser surpreendido, pelo tardio reconhecimento da inconstitucionalidade⁹⁴⁶.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, DJ 16/09/1991) 2. Afronta os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da razoabilidade o ato da Administração que, após empossar a recorrente por considerar que os documentos por ela apresentados demonstrariam sua devida aptidão para o cargo de professor, torna sem efeito o ato de nomeação ao fundamento de que à época da posse o Curso de Pedagogia do qual graduada aguardava, após parecer favorável, reconhecimento pelo MEC, ato expedido em apenas dois meses da posse. 3. Recurso ordinário provido. (STJ, RMS 25.219/PR, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 22.02.2011, v.u.)

⁹⁴³ Nesse sentido: STJ, REsp 1.153.337/AC, Ministro Relator Castro Meira, 2.ª T., j. 15.05.2012, v.u.

⁹⁴⁴ MARANHÃO, Délio. “Contrato de Trabalho”. In: Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Lima Teixeira & Segadas Vianna. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I, p. 257.

⁹⁴⁵ A respeito do assunto em apreço, consulte-se: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

⁹⁴⁶ “... O D.L. n. 2.446/88 autorizou a regularização de permanência de automóvel estrangeiro ilegal, no país, desde que efetuado o pagamento do imposto de importação. O D.L. n.º 2.446/88 registra a extinção da punibilidade, uma vez recolhido o tributo. A anterior Constituição da República vedava a elaboração de lei penal, por decreto-lei, dado disciplinar direito individual de garantia. Evidente a inconstitucionalidade. A extinção da punibilidade é instituto de Direito Penal. A proibição referida tem por finalidade preservar o direito de liberdade. Os princípios de Direito Penal, contudo, quando favoráveis, dispensam a formalidade rígida. A analogia *in bonam partem* é ilustração eloqüente. Nesse sentido, decidiu a Corte Constitucional da Itália. A doutrina explica: fica-se diante do conflito entre o interesse individual do *favor libertatis* e o

Do exposto, pode-se notar que, em direito material (por exemplo, direito civil, administrativo, trabalhista ou direito constitucional), há diversas hipóteses para as quais a nulidade não impede que o ato produza seus regulares efeitos jurídicos.

Já em direito processual, contudo, as coisas ocorrem de modo diferente: salvo algumas hipóteses muitíssimo excepcionais, a regra é que o ato válido venha acompanhado de eficácia jurídica enquanto o ato reputado inválido seja ineficaz.

Por isso, procede a afirmação de José Roberto dos Santos Bedaque, de que “embora *validade e eficácia* (ou *nulidade e ineficácia*) correspondam a planos distintos de análise de determinado ato, a verdade é que o ato nulo tende a ser ineficaz”⁹⁴⁷.

Embora sejam hipóteses excepcionais, sem dúvida alguma, elas, em certo sentido, abalam os postulados de que a validade estaria diretamente atrelada à eficácia.

Cumpra analisá-las aqui em diante, para desfazer mal-entendidos quando se cuida do binômio validade/eficácia.

No direito processual, a doutrina lista algumas hipóteses de atos inválidos, porém eficazes. No ponto, passemos ao estudo de cada uma delas.

3.4.7.1. Da relação entre invalidade e (in)eficácia no processo penal.

A afirmação feita pela doutrina processual de que nem sempre a invalidade do ato *nem sempre* anda de mãos dadas com a sua ineficácia é, *em parte*, correta, mas deve ser devidamente ponderada, pois as situações descritas são bem excepcionais no processo e nem sempre todos os exemplos dados pela doutrina servem para excepcionar a regra geral de que o ato inválido é ineficaz e o ato válido gera todos os seus efeitos processuais.

3.4.7.1.1. Das excepcionais hipóteses de atos inválidos, porém *eventualmente* eficazes.

Sobretudo no processo penal, somente em poucos casos, bem pontuais, os atos processuais inválidos podem gerar alguns efeitos jurídicos, podem ter eficácia jurídica.

3.4.7.1.1.1. *Ne reformatio in pejus*: exemplo de sentença nula e eventualmente eficaz.

interesse à tutela da comunidade contra o abuso do governo e da maioria parlamentar. (STJ, RHC0 3337/SP, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, 6.ª T., j. 20.09.1994).

⁹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 435.

Entre os exemplos de atos inválidos, mas eficazes, podem ser citadas aquelas situações em que são proferidas sentenças condenatórias, que, apesar de nulas, podem continuar a produzir determinados efeitos jurídicos. Pense-se na hipótese em que, sendo proferida uma sentença condenatória, havendo trânsito em julgado para a acusação, a defesa consiga anulá-la, seja por meio de *habeas corpus*, seja por recurso exclusivo seu. Nesses casos, sendo proferida nova decisão condenatória, entende-se que a nova pena aplicável não pode ultrapassar o limite da pena fixada na sentença anterior.

Dessa forma, caso haja nova condenação, a sentença anulada continua tendo eficácia jurídica para limitar a nova pena ao patamar anteriormente fixado.

No ponto, não deveria ser assim, já que, uma vez considerada nula a sentença anterior, ela não deveria mais produzir quaisquer efeitos jurídicos.

De toda forma, tendo em vista uma nobre e irrenunciável opção política de proteção do acusado, visa-se vedar a possibilidade de *reformatio in pejus* indireta, ou seja, uma piora da situação jurídica do réu (ainda que por via indireta). Esse agravamento poderia ocorrer se, pelo manejo do recurso pela defesa (ou de outro meio defensivo, como a ação de *habeas corpus*), o acusado pudesse ter sua situação piorada, como ocorreria caso houvesse o proferimento de uma nova sentença, só que bem mais “rigorosa” que a anterior.

Ora, é convir que, se não houvesse essa garantia (*ne reformatio in pejus*), a defesa sempre poderia ser pega de surpresa ao recorrer, já que, não obstante se saísse vitoriosa pela anulação da sentença condenatória, ainda assim, futuramente, poderia ver agravada a situação jurídica do acusado, caso a nova sentença pudesse aplicar uma pena mais gravosa que a fixada anteriormente. O exposto, fatalmente, seria um desestímulo para a defesa fazer uso do recurso defensivo. Trata-se de uma opção política, para proteção do acusado.

Por isso, não obstante a nulidade da sentença anterior, ela continua a produzir efeitos, especialmente para limitar a eventual e futura reprimenda, em caso de condenação.

O que tem um inquestionável viés garantístico, em prol da proteção da liberdade do indivíduo, servindo como um importante estímulo para que o réu faça uso do recurso defensivo, já que o tribunal está proibido de piorar a condenação anteriormrnyr proferida, o que é uma inquestionável garantia.

3.4.7.1.1.2. Hipóteses de prisões inválidas: a possibilidade de eficácia jurídica, nem que seja para fins de detração penal.

Outro caso lembrado referente à invalidade do ato, que, não necessariamente, implica a sua ineficácia, é a hipótese de uma prisão ilegal.

Nesses casos, ainda que seja inválido o ato de privação cautelar da liberdade, não é possível negar que, na prática, ele produziu efeitos (aliás, bem concretos), não havendo meios de se apagar essa terrível mácula⁹⁴⁸. Aponta-se a existência de uma eficácia mais prática (supressão da liberdade), que, propriamente, jurídica. Contudo, é possível teorizar até mesmo uma eventual eficácia jurídica da prisão, sobretudo tendo-se em vista possível *detracção penal*. Enfim, uma vez reconhecida a “nulidade”⁹⁴⁹ da prisão, não há como desconstituir os efeitos perversos de uma privação arbitrária da liberdade, mesmo porque, em caso de eventual condenação, obviamente, poderá haver o reconhecimento da *detracção penal* pelo tempo que o sujeito ficou preso, ainda que ilegalmente.

Embora não seja um efeito propriamente penal, é possível, como fala Yussef Said Cahali, a prisão ilegal ter eficácia jurídica, nem que seja para fins de reparação civil⁹⁵⁰.

3.4.7.1.1.3. Demais hipóteses de atos inválidos, mas “eficazes”.

Há alguns casos em que, apesar de o ato praticado ser, a princípio, inválido, o agente pode, às vezes, conseguir - de modo subreptício, ou indireto - obter o efeito almejado com a sua prática. Pense-se naquelas hipóteses em que o sujeito, apesar de não ter legitimidade para ingressar com alguma medida, ainda assim entre com o pedido, e consiga obter o efeito desejado. Isso é sim possível, especialmente naquelas matérias reconhecíveis de ofício pelo magistrado. Por exemplo, discute-se na doutrina se o assistente de acusação teria legitimidade para opor exceção de incompetência. Sem entrar no mérito da discussão - isto é, se o assistente tem legitimidade para tanto - pressuponha-se, como Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, que ele não possa oferecer a exceção de incompetência, já que essa possibilidade, segundo anota o Autor, “não está prevista entre os atos que podem ser por ele praticados (CPP, art. 271, *caput*)”⁹⁵¹. Pois bem, mesmo assim, imagine-se que o assistente de acusação oponha a dita exceção. Evidentemente, caso lhe seja dado seguimento, os atos praticados deveriam ser reputados inválidos. De toda forma, como o juiz pode declarar-se incompetente de ofício, nada obsta que, por meio deste pedido, o juiz conheça do assunto e o efeito almejado seja atingido.

⁹⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 291.

⁹⁴⁹ É melhor falar aqui em invalidade, ou, como se queira, em ilegalidade da prisão, já que não se aplica ao caso o regime das nulidades, na qual o ato feito com algum defeito deve ser refeito. Muitas vezes, o ato não poderá ser refeito, haja vista a falta de pressuposto originário para a prisão (elementos idôneos que atestem a materialidade e indícios suficientes de autoria). Ainda que haja pressupostos, uma vez invalidada a prisão anterior (ilegalidade), será difícil a autoridade decretar uma nova.

⁹⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2005, p. 775.

⁹⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 229.

O mesmo ocorre com a alegação de litispendência ou coisa julgada, de forma que, na prática, “o assistente de acusação, embora não possa opor tais exceções, poderá arguir a ocorrência de litispendência ou de coisa julgada, posto que se trata de matéria de ordem público, que o juiz pode conhecer de ofício em qualquer momento e grau de jurisdição”⁹⁵²

Na verdade, não há uma eficácia jurídica do ato em si, já que, sendo um ato, a rigor, inválido, não tem como produzir os efeitos jurídicos esperados, não tendo o condão de, no caso, movimentar o procedimento de uma exceção. O que pode ocorrer é que o efeito desejado seja atingido de modo mediato, indireto, de modo colateral, já que a matéria é reconhecível de ofício.

No processo civil, apenas para registro de ato inválido processual, mas eficaz, pode ser lembrado o caso da citação nula, mas que, ainda assim, gera efeitos (tem eficácia), nem que seja, apenas, para interromper a prescrição, conforme consta, expressamente, do artigo 219, do Código de Processo Civil⁹⁵³.

3.4.7.1.2. Dos equivocados exemplos de atos inválidos e eficazes.

Uma parte da doutrina afirma que, no processo, não são poucos os atos inválidos que podem ser, também, eficazes⁹⁵⁴. Aliás, por conta desse entendimento, seriam muitos. Por conta disso, deveria haver uma separação radical entre os âmbitos da (in)validade e (in)eficácia no processo. Para entender essa asserção, é importante fazer algumas observações preliminares. É importante lembrar, como já foi dito⁹⁵⁵, que há respeitável corrente doutrinária que discorre que a nulidade preexistiria à decisão jurisdicional, tendo a decisão que a reconhece natureza declaratória.

Ora, sendo assim, é convir que, por essa ótica, aumentariam muito os exemplos e as hipóteses de atos inválidos que podem produzir efeitos jurídicos no curso do processo. Afinal, até que haja uma decisão judicial a respeito, por meio desse entendimento, o ato, apesar de inválido (segundo parte da doutrina), teria eficácia jurídica⁹⁵⁶.

Como já dito neste trabalho (no item 3.4.5), não se concorda com o exposto.

⁹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 232.

⁹⁵³ Art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

⁹⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 291

⁹⁵⁵ Item 3.4.5.

⁹⁵⁶ Nesse sentido, seguindo essa linha de entendimento, Ricardo Jacobsen Gloeckner afirma que “o ato nulo, ao contrário desta postura teórica que atribui à nulidade ineficácia, não nasce sem efeitos. Um ato processual nulo desde já produz efeitos. E aqui se evidencia uma constatação: o ato nulo nasce produtor de efeitos, necessitando de uma declaração judicial que reconheça o defeito na realização do ato, desconstituindo-se as consequências de sua produção precária” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 291).

Como afirmado, antes que haja uma decisão reconhecendo a nulidade do ato, ele não pode ser qualificado como inválido. Quer dizer, o ato, ainda que imperfeito, não é inválido, mas sim válido, sendo que esta validade se mantém firme até que haja decisão judicial decretando a invalidade, cujo provimento é constitutivo, e não declaratório.

O ato viciado, ainda que sujeito ao regime das nulidades, é considerado válido até que sobrevenha a decisão. Enfim, a invalidade não preexiste à decisão judicial.

A concepção que considera ser a invalidade preexistente à decisão judicial (que apenas a declararia), além de, tecnicamente, não ser a melhor opção, acaba alargando, demasiadamente, as hipóteses em que a invalidade poderia gerar eficácia.

Afinal, sendo o ato inválido, antes da decisão judicial, é convir que, no processo, proliferariam as situações de atos inválidos, mas, ainda assim, potencialmente eficazes.

Por isso que, seguindo esse entendimento, poder-se-ia chegar à conclusão pela completa cisão entre a invalidade e a ineficácia, o que, a nosso ver, só causaria confusão a uma disciplina já complexa. Se adotada a posição de que a invalidade só surge com a decisão jurisdicional, serão bem mais excepcionais as hipóteses de existência de atos inválidos que, *eventualmente*, poderiam ter alguma eficácia jurídica.

Assim, desmorona a equivocada proposição de que a (in)validade não anda de mãos dadas com a (in)eficácia do ato.

Também cai por terra o clássico exemplo do processo “nulo”, mas eficaz.

Isso ocorreria no caso do processo nulo que, mesmo assim, implicou uma sentença absolutória definitiva, com a qual se poderia afirmar que a “invalidade” gerou plenos efeitos jurídicos (definitivos), já que a absolvição não pode ser revista.

No ponto, não se pode concordar com o exposto, pois a nulidade, para existir, tem que ser decretada pelo juiz. Ato viciado, sem decisão judicial, para todos os efeitos, em nosso ordenamento jurídico, deve ser reputado ato válido (portanto, obviamente, eficaz).

Portanto, insista-se: se não foi reconhecida ao longo do processo, o ato, ainda que viciado (seja formalmente, ou não), deve ser considerado válido, tanto que contribuiu para dar impulso à marcha processual, até culminar na sentença de absolvição.

Não se pode falar, nesse caso, que os atos inválidos foram plenamente eficazes, pois a invalidade não foi ainda pronunciada, sendo que, a rigor, todos esses atos, ainda que defeituosos, devem ser considerados como inteiramente válidos: e, uma vez sendo válidos, obviamente, eram também plenamente eficazes.

3.4.7.1.3. Conclusão parcial: o ato processual inválido é, em regra, ineficaz.

Pretender separar, radicalmente, (in)validade do conceito de(in) eficácia, como se fossem compartimentos estanques, quer dizer, não necessariamente atribuíveis um ao outro, acaba gerando somente mais complicação e dor de cabeça nessa matéria.

Com todo respeito, mas não se vislumbra qualquer utilidade nessa separação.

De fato, nem sempre invalidade e ineficácia andam mesmo de mãos juntas, mas isso não significa dizer que nunca andem ou, pior ainda, que essas situações ocorreriam em um grande número quando, em verdade, são muito casuais e isoladas no direito processual, sendo raras as situações em que o ato inválido é eficaz. No ponto, sofremos influência de José Joaquim Calmon de Passos quando aconselha e muito bem ensina o exposto abaixo:

“... no gênero invalidade, o que denominamos de *nulidade* se traduz na retirada da eficácia do ato maculado por sua imperfeição relevante. Parte da doutrina costuma diferenciar invalidade de ineficácia e, conseqüentemente, ato inválido de ato ineficaz, e até mesmo invalidade de nulidade e de ineficácia. (...) Como se vê, nada pacífico o entendimento a respeito dos conceitos de invalidade, eficácia e nulidade, ainda que todos tenham em comum a não-produtividade de efeitos. (...) Validade e eficácia, invalidade e ineficácia, salienta Carnelutti, são palavras sinônimas; se a distinção que se costuma fazer entre os dois termos não pode ser taxada de incorreta, não é conveniente, principalmente em face da necessidade de tornar tão simples quanto possível a construção e a indicação dos conceitos. Seria viável, na maior parte dos casos, se designar como invalidade a conseqüência do defeito de um requisito interno, reservando-se o termo ineficácia para indicar a conseqüência da falta de um requisito externo do ato. Mas a distinção, assim posta, não tem nenhum sentido prático”⁹⁵⁷.

3.4.7.2. Do relacionamento entre validade e (in)eficácia jurídica no processo.

Vistas as hipóteses excepcionais de atos inválidos, porém eventualmente eficazes (exceções que só vêm a confirmar a regra de que o ato inválido é ineficaz), passa-se, agora, ao estudo do fenômeno inverso: será analisado se vigora a regra geral de que validade do ato processual é acompanhada de eficácia jurídica, procurando-se averiguar se há exceções a ela e, em havendo, quais seriam, de modo a analisar se, em direito processual penal, elas poderiam abalar a regra consubstanciada no binômio validade/eficácia.

Pois bem, é possível vislumbrar possíveis exceções à regra de que o ato jurídico processual válido é, igualmente, eficaz. Contudo, da mesma forma que os exemplos anteriores (de que o ato processual inválido, eventualmente, pode ser eficaz) elas são muito excepcionais. De fato, em direito processual penal, em regra, os atos válidos geram todos os seus regulares efeitos. É difícil verificar alguma hipótese em que a prática de um ato válido não produza os seus efeitos jurídicos típicos (casos de ineficácia em sentido estrito).

⁹⁵⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 125-127.

No processo penal brasileiro, os *possíveis* casos de ineficácia em sentido estrito do ato jurídico diriam respeito ao perdão do ofendido, precisamente nas hipóteses (i) em que não há aceitação do ofensor quanto ao perdão concedido pelo ofendido⁹⁵⁸ ou (ii) na controvertida⁹⁵⁹ hipótese em que há falta de anuência entre o ofendido e o seu representante legal no que concerne à proposta de perdão oferecida⁹⁶⁰. Estes, *talvez*⁹⁶¹, sejam uns dos poucos exemplos, sendo que, ainda assim, é possível indagar se seriam amostras de atos válidos mas ineficazes.

Poder-se-ia indagar, também, da hipótese consubstanciada na concessão de uma liminar, por exemplo, em sede de um *habeas corpus*, que suspenda os efeitos de um ato supostamente ilegal, o qual, até decisão final do órgão colegiado, se reputa válido⁹⁶², mas com eficácia suspensa. Seria um caso de ato válido, mas, ainda assim, ineficaz. Nesse caso, contudo, tratar-se-ia de uma ineficácia superveniente, isto é, não originária, em que o ato válido já nasceria ineficaz.

Não serviria, portanto, para ilustrar a hipótese de um ato válido, mas ineficaz.

No processo civil também existe dificuldade em se vislumbrar atos válidos, porém ineficazes, podendo-se citar o exemplo do litisconsórcio necessário, já que o artigo 47, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe que “a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”. Contudo, cabe ressaltar que mesmo esse exemplo se mostra duvidoso entre os processualistas civis, sendo que, a princípio, ele não seria uma genuína hipótese de ato válido e ineficaz⁹⁶³.

⁹⁵⁸ Art. 51, CPP: “O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar”. Enfim, o perdão do ofendido fica *condicionado* à aceitação do acusado, de modo que o perdão não aceito não tem condão de gerar a extinção da punibilidade.

⁹⁵⁹ Fala-se em hipótese controvertida, pois é discutível se, com a aprovação do Código Civil de 2002, e com a maioridade civil aos 18 (dezoito) anos, houve revogação tácita.

⁹⁶⁰ Art. 52, CPP: “Se o querelante for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito”.

⁹⁶¹ Colocam-se os termos *possíveis* e *talvez* em itálico, pois, dependendo da ótica, poderia haver controvérsia se se trata mesmo de ineficácia jurídica do ato. No ponto, poder-se-ia entender que a proposta de perdão, pelo ofendido, já implica algum tipo de eficácia jurídica, pois este fica vinculado à proposta feita, sendo um negócio jurídico processual bilateral (necessária a convergência de vontades). No outro exemplo, bem se poderia trabalhar com a hipótese de invalidade, já que a anuência da vítima e de seu representante seria, na verdade, um requisito de validade para a eficácia do ato. O assunto, como visto, mostra-se controvertido.

⁹⁶² No ponto, a liminar não antecipa a decisão em si, mas apenas os seus efeitos. A esse respeito: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis & PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. “*Habeas corpus* e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição”. In: Jaques Camargo penteado (coord.). *Justiça penal – 5: tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: RT, 1997, p. 147. Ou seja, quando o ato é impugnado perante um Tribunal, em relação ao qual se sustenta a nulidade, uma vez sendo concedida a liminar, o que se tem é uma antecipação dos *efeitos* da eventual e futura decisão de mérito (ineficácia do ato), não havendo antecipação da decisão em si (o reconhecimento da nulidade). Enfim, com a liminar, o ato apenas perde a eficácia jurídica, sendo, contudo, mantida a sua validade. Só se torna nulo com a decisão final de mérito.

⁹⁶³ No ponto, em vez de se falar em ineficácia em sentido estrito, preferem os processualistas civis interpretar de outra forma a situação. Fala-se ora em nulidade, ora em ilegitimidade (*ad causam* ou *ad processum*), ora

No processo penal, são elencados exemplos que constituiriam hipóteses de atos válidos, porém ineficazes. Abaixo segue o estudo de cada um deles, sendo expostas as razões pelas quais não se pode concordar com os exemplos dados.

3.4.7.2.1. Das *supostas* (pseudo) hipótese de atos válidos, porém ineficazes.

3.4.7.2.1.1. Do equivocado exemplo da sentença condenatória sujeita a recurso.

A doutrina que é contrária ao posicionamento abraçado neste trabalho, no sentido de que a validade, em regra, implica a eficácia, argumenta, por exemplo, que pode existir uma sentença condenatória válida “que pode não ter qualquer eficácia prática, não podendo ser executada nem o arguido detido para cumprir a respectiva pena de prisão se, entretanto, o seu paradeiro for desconhecido”⁹⁶⁴. Cabe destacar que, no exemplo citado pelo português João Conde Correia, há, em verdade, confusão entre “efetividade” e eficácia jurídica.

No ponto, a sentença condenatória em si mesma - isso é bem importante lembrar-, não implica a execução imediata (em caso de sentença condenatória: aplicação da pena), já que esta depende do trânsito em julgado. Ora, sendo válida a sentença condenatória, ela tem sim aptidão para produzir todos os seus efeitos jurídicos e, certamente, os produz. O efeito mais “prático” é que fica a depender de demais outras circunstâncias jurídicas (por exemplo: trânsito em julgado) e da vida (como a captura do condenado para cumprir a sua pena), não se podendo dizer que o ato não gerou efeitos jurídicos, quando a sentença condenatória acarretou a interrupção do prazo prescricional do poder punitivo, podendo mesmo, em alguns casos excepcionais, uma vez estando presentes os requisitos da prisão preventiva, ensejar, em seu bojo, a decretação de uma prisão provisória.

Quer dizer, todos os efeitos jurídicos foram produzidos.

Por isso esse exemplo não serve para ilustrar hipótese em que o ato processual, apesar de válido, seria ineficaz.

3.4.7.2.1.2. Do igualmente errôneo exemplo da sentença estrangeira.

em produção parcial de efeitos pela coisa julgada; há quem diga que a hipótese seria de inexistência jurídica (falta de citação), como faz: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 218.

⁹⁶⁴ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 96.

Também a doutrina aponta o exemplo da sentença penal estrangeira que, apesar de válida, não gera efeitos imediatos no país em que será cumprida⁹⁶⁵.

Na verdade, aqui também não se trata de ineficácia jurídica da sentença, já que ela é inteiramente eficaz em seu país de origem. A questão aqui envolve a soberania do país no qual a sentença estrangeira deverá ser cumprida.

Pois bem, a sentença corporifica ato próprio do exercício da soberania de cada país (jurisdição) e tem eficácia jurídica nos limites territoriais do país em que proferida.

O “problema” da ineficácia jurídica da sentença estrangeira não é um assunto relacionado à ineficácia em sentido estrito do ato jurídico, mas sim de uma questão referente, diretamente, aos limites do poder jurisdicional de cada país.

A sentença estrangeira, para ter força jurídica entre nós, precisa ser devidamente homologada em nosso país. O problema é resolvido por meio de homologação de sentença estrangeira e, em casos mais delicados, quando houver pedido de extradição, por tratados internacionais em que os países se comprometem a observar e a cumprir as sentenças das outras nações, haja vista interesses relevantes de combate ao crime.

3.4.7.2.1.3 As sentenças sujeitas a “recurso de ofício”: outra suposta hipótese de ato válido, porém ineficaz.

O recurso de ofício está previsto nos casos de (a) decisão que concede *habeas corpus* (art. 574, I, CPP), de (b) decisão que concede reabilitação (art. 746 CPP) e de (c) decisões de arquivamento de inquérito ou de absolvição do acusado nos crimes contra a saúde pública ou economia popular (art.º 7.º, da Lei n. 1.521/1951)⁹⁶⁶. Ainda consta no artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal, que caberá recurso de ofício, no momento da pronúncia, quando a decisão absolver o acusado. Cabe frisar que, com a reforma processual penal do procedimento do Júri, levada a efeito pela Lei n. 11.689/2008, houve revogação tácita desse dispositivo, pois o novo artigo 415, do Código, que cuida dessa hipótese, não mais prevê o recurso de ofício.

⁹⁶⁵ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 96-97, nota de rodapé n. 192.

⁹⁶⁶ As hipóteses de “recurso de ofício” são de duvidosa constitucionalidade. Cabe esclarecer que essa suposta inconstitucionalidade não se verifica pelo argumento de haveria um recurso interposto pelo juiz, pois, a rigor, não se trata de genuíno recurso. Ela se dá pelo tratamento desigual dispensado ao imputado e ao acusador. Afinal, por que só das decisões proferidas a favor do acusado (absolvição, arquivamento, concessão de *habeas corpus*) haveria essa necessidade de reexame necessário? Poder-se-ia pensar até mesmo em violação à presunção de inocência. Em geral, vigora o entendimento de que o recurso de ofício não foi “revogado” pela Constituição de 1988. A esse respeito, consulte-se: STJ, REsp 767.535/PA, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 11.12.2009.

O recurso de ofício não é um recurso, pontuando a doutrina ser uma “condição de eficácia da decisão”⁹⁶⁷. Na verdade, a rigor, não se trata, propriamente, de uma condição de eficácia da decisão, mas sim, de uma condição para a formação da coisa julgada.

Afinal, há, em muitos casos, plena e total eficácia jurídica da decisão proferida.

Ora, em se tratando, por exemplo, de sentença concessiva de *habeas corpus*, a eficácia do ato não fica a depender, obviamente, da análise do recurso (o constrangimento cessa de imediato). O que fica suspenso é o trânsito em julgado da decisão.

De toda forma, havendo certidão de trânsito em julgado sem o (impropriamente) denominado de “recurso de ofício”, segundo entende Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, haveria “nulidade da certidão de trânsito em julgado, que foi lançada sem a observância do duplo grau obrigatório. A Súmula nº 423 do STF estabelece que ‘não transita em julgado a sentença por haver omitido recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*’. Nesse caso, o Tribunal de Justiça poderá avocar o processo para que seja submetido ao duplo grau de jurisdição (CPP, art. 3.º, c.c. CPC, art. 475)”⁹⁶⁸.

3.4.7.2.2. Conclusão: o ato jurídico processual válido é, em regra, igualmente eficaz.

Tendo em vista a rara e controvertida existência de atos processuais válidos, mas ineficazes, tem-se que a validade processual está atrelada à eficácia jurídica.

Por isso, afirma Giovanni Leone que “l’atto processuale fornito dei requisiti dalla legge può chiamarsi atto perfetto, immune cioè da ogni vizio: come tale è efficace, cioè produttivo di effetti giuridici. Può stabilirsi pertanto la corrispondenza tra perfezione ed efficacia”⁹⁶⁹.

3.5. Das nulidades, sua conceituação e os institutos jurídicos afins.

⁹⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 255, nota de rodapé n. 28.

⁹⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 587. Não é possível concordar com essas ponderações, pois a coisa julgada formada a favor do acusado, ainda que por algum equívoco, é soberana, não admitindo qualquer revisão.

⁹⁶⁹ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*, p. 272. Afirma, no mesmo sentido, Paolo Di Geronimo: “infatti, l’atto conforme allo schema legale è definitivamente produttivo dell’effetto procedurale, non essendo suscettibile di rimozione dalla realtà processuale” (DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*, p. 02). Na verdade, cabe fazer somente um pequeno reparo à correspondência feita, pois pode haver *ato perfeito*, porém nulo e ineficaz. Pense na hipótese de nulidade derivada, quando um ato anterior inválido contamina os demais. Devido ao norteamo da causalidade da invalidade, pode haver um ato perfeito, cuja validade é contaminada pela invalidade de um ato anterior. Com a devida vênia, melhor seria se se tivesse feito a correspondência entre validade e eficácia jurídica - e não entre perfeição do ato e sua eficácia jurídica -, já que pode haver atos perfeitos, porém inválidos e ineficazes (nulidade por derivação).

Como foi visto ao longo de todo o presente capítulo, existe grande confusão entre os diversos fenômenos que dizem respeito às nulidades processuais.

A propósito, Benedetto Pellingra afirma que “in ogni teoria degli atti giuridici uno dei compiti più difficili è quello di determinare i concetti d’invalidità, di nullità, di annullabilità e d’inesistenza”⁹⁷⁰, chegando a afirmar o Autor que “sembra, quindi, più che giustificato dire che sussiste la crisi del concetto di invalidità”⁹⁷¹.

Procurando trazer maior sistematização aos diversos institutos que circundam as nulidades, chegou-se, neste trabalho, a algumas conclusões preliminares.

Pois bem, de tudo quanto foi exposto, pode-se verificar que nulidade não deixa de constituir uma invalidade, ainda que com um regime jurídico mais específico.

Como visto⁹⁷², o terreno das invalidades é maior e mais abrangente que o âmbito das nulidades. Por isso, há uma série de invalidades, no processo, que não estão sujeitas ao regime das nulidades. Isso foi analisado ao se fazer a análise dinâmica do ato jurídico, no capítulo anterior, ao se estudar, mais detidamente, os pressupostos processuais, bem como as condições para a ação penal, nos itens 3.3 até 3.3.4.2.

Conforme tradicionalmente se aceita em seara de direito processual, as nulidades acarretam, como regra, a repetição obrigatória do ato defeituoso (entendido o vício, aqui, em sentido amplo: forma, vontade e conteúdo). Pode, em alguns casos, acarretar a prática compulsória do ato que deveria ter sido realizado, mas não foi (casos de omissão na prática de um ato que deveria ter sido praticado). Geralmente a nulidade decorre de um vício do ato, mas nem sempre é assim no processo. Há hipóteses em que a nulidade de um ato, ainda que perfeito, decorre da nulidade de um ato anterior que o contamina. Trata-se da nulidade derivada. Poranto, um conceito aproximado de nulidade processual poderia ser dado nos seguintes termos: **trata-se de uma sanção incidente em determinados vícios processuais – comissivos ou omissivos – entendido o vício aqui em um sentido muito amplo, tanto de forma, de conteúdo quanto de manifestação de vontade (no caso mais específico dos negócios jurídicos processuais) – que acarretam a violação de algum valor reputado relevante no ordenamento jurídico (prejuízo), maculando a validade do ato, ou de alguns atos (ainda que perfeitos, mas, ainda assim, ligados, de algum modo, ao ato originariamente viciado), retirando-lhe(s) a eficácia jurídica, podendo comprometer, em alguns casos, até mesmo todo o processo. Sempre que possível o ato realizado com algum defeito deverá ser refeito e, em caso omissivo, será realizado o ato que deveria ter sido, necessariamente, praticado, mas não foi. Daí a diferença do regime das nulidades em relação ao regime das demais invalidades, bem como em**

⁹⁷⁰ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 109.

⁹⁷¹ PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale*, p. 117.

⁹⁷² Item 3.4.3.2.

relação à da ineficácia em sentido estrito, esta última quase inexistente no processo: a nulidade acarreta a (re)novação compulsória do ato (ou falta do ato, em caso de omissão) então pronunciado nulo e ineficaz.

Existem, de toda forma, outras hipóteses de vício que não acarretam nulidades, podendo sofrer outras hipóteses de consequências jurídicas.

Podemos estar diante de uma hipótese que gere alguma invalidade, ou não.

No caso das demais invalidades, apesar de o ato não ter eficácia jurídica, não há sua repetição, como ocorre na nulidade. Em regra, haverá extinção do processo, como foi visto na maior parte dos casos em que há falta de pressuposto processual ou uma das hipóteses de carência da ação penal (falta de condição para a ação penal)⁹⁷³.

Agora, a fim de concluirmos a sistematização da matéria, de modo a especificar o que pode, bem como o que não pode ser tratado sob o regime das nulidades, é importante estudar o relacionamento das nulidades com as provas ilícitas, bem como das nulidades com as hipóteses de inexistência jurídica processual.

Deixou-se essa parte para o final, pois entendemos que é possível empreender a uma unificação de tratamento jurídico entre todos esses assuntos.

3.5.1. As nulidades, as provas ilícitas e a teoria da inexistência jurídica.

No que tange a institutos próximos da nulidade, como a inexistência ou mesmo as provas ilícitas, cabe analisar, nos próximos tópicos, os pontos que os aproximam, sendo até possível esboçar um tratamento unificado, tanto entre as nulidades com as provas ilícitas quanto entre as nulidades e as hipóteses de inexistência jurídica. Conforme poderemos examinar, não há necessidade, no processo, de haver distinção entre todos esses institutos.

No que concerne à prova ilícita e à nulidade (ou prova nula), sempre houve confusão entre uma e outra modalidade, tanto que não é incomum se referir à prova ilícita como uma prova nula. A reforma operada com a Lei 11.690/2008, de certa forma, unificou o tratamento entre as provas ilícitas e as provas nulas, também denominadas de ilegítimas.

No que tange à inexistência jurídica, demonstraremos que não existe razão para que a sua teorização seja mantida no processo penal.

3.5.2. Do relacionamento entre as nulidades e as provas ilícitas.

⁹⁷³ Item 3.3.4.

Tanto as provas ilícitas quanto as nulidades acarretam a ineficácia jurídica dos atos praticados no e/ou para o processo. Apesar de as provas ilícitas constituírem um tema rico e que, por si só, já fundamentaria vários estudos apartados (seja de cunho filosófico, seja normativo, etc.), é possível, no presente trabalho, vislumbrar alguns contornos muito próximos entre a prova ilícita e a nulidade: o que permite um tratamento jurídico unificado. Para tratar da questão, será importante analisar, em linhas gerais – ainda que de modo não aprofundado, alguns pontos da teorização das provas ilícitas no processo penal, para que, depois, se possa fazer uma análise comparativa entre prova ilícita e nulidade, com vistas a uma possível uniformização de tratamento jurídico.

3.5.2.1. Provas ilícitas: ancoragem constitucional.

O direito à prova está constitucionalmente assegurado e decorre da garantia do direito de ação e do direito de defesa, ambos assegurados no artigo 5º, incisos XXXV e LV⁹⁷⁴. O direito à prova não é absoluto, não compactuando o sistema jurídico com as provas ilícitas, conforme dispõe a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso LVI.

3.5.2.2. Provas ilícitas: ancoragem teórica.

O reconhecimento da ilicitude da prova e suas conseqüências para o processo sempre foram muito discutidos, dando margem a diversos questionamentos. A respeito do assunto, admitia-se a inserção da prova ilícita no processo, punindo-se o fato ilícito que ensejou a sua produção na seara própria (penal). Assim, por essa argumentação, seria indiferente ao processo a eventual discussão quanto à violação, ou não, do direito de alguém com a obtenção da prova, já que, a rigor, interessaria ao processo apenas a informação útil trazida com prova, em prol da busca da obtenção da verdade. Com o tempo, esse posicionamento começou a ser questionado, na medida em que seria questionável inserir a informação obtida de modo ilícito, dentro do processo, já que o processo pressupõe um agir ético; em outras palavras, o Estado não poderia legitimar práticas violadoras de direitos e garantias fundamentais, ainda que a pretexto de punir crimes, já que, ao fazê-lo, também, de certa forma, estaria se nivelando ao criminoso, na medida em que, a rigor, estaria tirando proveito de um ato ilícito. Enfim, para corrigir um ato contrário ao direito, ao admitir a prova ilícita, o Estado estaria compactuando com um ato igualmente contrário ao direito. Nesse sentido, perderia a legitimidade para conduzir a

⁹⁷⁴ Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 121.

persecução penal. Não bastasse a questão moral, também havia o fato inconveniente de que, ao admitir se essa prova, haveria o incentivo de atos ilegais, por parte do Estado⁹⁷⁵.

Não obstante se argumente que o agente pudesse ser punido na esfera penal, percebeu-se ser falacioso o discurso da punição fora do processo, na medida em que dificilmente as autoridades se interessariam pela punição de seus agentes estatais. Mesmo nos sistemas em há a obrigatoriedade da persecução, cabe observar que também neles há certa dose de discricionariedade⁹⁷⁶ por parte da autoridade, que pode descambar para o corporativismo. Sendo assim, como afirma Ada Pellegrini Grinover, o que se via, na prática, era que “as sanções previstas para o ato ilícito do funcionário de polícia são raramente aplicadas, de modo que somente a inadmissibilidade, no processo penal, da prova ilegalmente obtida pode cortar cerce o arbítrio do poder público”⁹⁷⁷. Assim, ao se reconhecer a ilicitude dessa prova, e, conseqüentemente, a sua imprestabilidade para o processo, essas práticas violadoras de direitos fundamentais passariam a ser desestimuladas e, desse modo, evitadas.

Essa foi a solução que vingou entre nós, sendo mesmo a mais aconselhável.

Afinal como bem lembra Ada Pellegrini Grinover, lição já citada neste trabalho, e que deve, novamente, ser reiterada, não faria sentido punir a prática da prova ilícita em uma seara e não na outra, pois, afinal, como bem destaca a autora: “sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido é também geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídica de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova”⁹⁷⁸.

3.5.2.3. Provas ilícitas: definição doutrinária.

A definição tradicionalmente aceita de provas ilícitas é aquela exposta por Ada Pellegrini Grinover, em sua obra *Liberdades públicas e processo penal*, no qual a Autora, pautada na doutrina italiana (Nuvolone), discorre que ilícita é prova obtida com a violação de um direito fundamental ou material, com infringência dos direitos da personalidade⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 134.

⁹⁷⁶ Não deveria ser assim, mas, na prática, é.

⁹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 141.

⁹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 142.

⁹⁷⁹ “Por isto é que, para evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de NUVOLONE: a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do

A prova ilícita seria uma espécie dentro do gênero prova ilegal.

A prova ilegal - ou prova proibida, como prefere nomear uma parte da doutrina⁹⁸⁰ -, engloba as espécies (a) prova ilícita e (b) ilegítima.

A esse respeito, reiterando os ensinamentos da doutrina mais tradicional⁹⁸¹, afirma Márcio Geraldo Britto Arantes Filho: “a questão das denominadas ‘prova ilícita’ e ‘prova ilegítima’ se relaciona com a inobservância de direitos e de garantias fundamentais em procedimentos probatórios. A ilicitude ou a ilegitimidade de uma prova decorrem da *ilegalidade* operada na obtenção ou na produção prova. A mencionada ilegalidade, que caracteriza a “prova ilegal” (prova *contra legem*), perfaz-se com a violação de normas ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Do gênero ‘prova ilegal’, consente a doutrina na identificação de duas espécies: ‘prova ilícita’, se a violação for de normas de direito material; ‘prova ilegítima’, se a violação for de natureza processual. Tenha-se, como exemplo de prova ilícita, a obtida com violação dos direitos e garantias individuais que fundamentam a tutela das comunicações entre pessoas presentes; e, de ilegítima, um testemunho prestado sem observância do procedimento previsto na lei processual penal”⁹⁸². Passemos à análise desses dois tipos de provas.

3.5.2.4. Diferenciação tradicional das consequências do reconhecimento das provas ilícitas (inadmissibilidade) e das provas ilegítimas (nulidade).

Por meio da definição acima exposta, de que ilícita seria a prova obtida mediante ofensa aos direitos da personalidade, tem-se como ilícita uma confissão obtida mediante tortura, ou com violação do domicílio, ou mediante violação da intimidade, como ocorre com uma quebra indevida do sigilo de financeiro.

ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita. Será nesse sentido mais restrito que nos referiremos às ‘provas ilícitas’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 128). Nesse sentido, Autora reitera o mesmo entendimento com Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 125.

⁹⁸⁰ Nesse sentido, utilizando essa denominação: ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

⁹⁸¹ Guilherme de Sousa Nucci não adota esse entendimento: “em nosso entendimento, didaticamente, podemos dividir as provas ilícitas em: a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal. De toda sorte, tanto as ilegais quanto as ilegítimas são ilícitas” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2011, p. 34.

⁹⁸² ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicações entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro*, p. 42-43.

Enfim, ilícita seria a prova que foi obtida com infringência às normas de direito material. Geralmente - embora não exclusivamente - trata-se de prova obtida pela parte, fora do processo, o que comumente ocorre nos meios de investigação de prova. Nesses casos, há a inadmissibilidade da prova, segundo prevê a Constituição da República⁹⁸³.

O problema residiria na obtenção da prova, e não na sua produção (em juízo).

Já na prova ilegítima, o problema ocorreria com a sua produção em juízo, por violação das normas de direito processual⁹⁸⁴: por exemplo, assim ocorreria quando não se dá oportunidade a uma das partes para fazer perguntas à testemunha ou quando o juiz não respeita a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Penal, para que as perguntas sejam feitas diretamente à testemunha, pelas próprias partes, consoante artigo 212, do Código de Processo Penal⁹⁸⁵.

Ambas as provas, ilícitas e ilegítimas, são espécies do gênero prova ilegal⁹⁸⁶.

A prova ilícita, por ser inadmissível no processo, segundo a doutrina mais tradicional, deveria ser reputada uma prova inexistente, do ponto de vista jurídico, sendo considerada como um não-ato. Por isso, ela deveria ser desentranhada do processo.

Já a prova ilegítima acarretaria o reconhecimento da nulidade, devendo o ato, como regra geral, ser invalidado⁹⁸⁷ e, quando possível, feito sem imperfeições.

3.5.2.5. Algumas dificuldades na distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.

Nem sempre é tão simples assim visualizar um ponto de diferenciação tão claro entre a prova ilícita e ilegítima. Aliás, conforme poderemos melhor verificar, pela adoção da teoria constitucional das nulidades, mostra-se difícil uma diferenciação substancial entre a inadmissibilidade das provas ilícitas e nulidade decorrente das provas ilegítimas: afinal ambas decorreriam da violação de direitos e garantias fundamentais.

⁹⁸³ Art. 5.º, LVI, CRFB: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁹⁸⁴ ÁVILA, Thiago André Perobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101.

⁹⁸⁵ Art. 212, do Código de Processo Penal “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

⁹⁸⁶ “... diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 125)

⁹⁸⁷ “Para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acertamento” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 125).

Ademais, a separação que se procura fazer entre provas ilícitas e ilegítimas, consistente no fato de que, nas provas ilícitas, os vícios incidiriam diretamente nos meios de obtenção da prova (como diz parte da doutrina: “**sempre externamente**”⁹⁸⁸, isto é, fora do processo) enquanto que nas provas ilegítimas, adviriam da produção da prova (dentro do processo), nem sempre é correta e exata. Por exemplo, pela doutrina mais tradicional, uma prova obtida mediante tortura seria ilícita, já que teria havido ofensa à integridade física (direito material). Contudo, nem sempre essa violação se dá fora do processo. Embora seja difícil ocorrer na prática, é possível imaginar a realização de uma tortura no ato de interrogatório judicial. Ou, como bem afirma Thiago André Pierobom de Ávila, “é possível que ocorra uma violação de direito material no curso do processo, como a hipótese em que um juiz realize ameaças e coações a um acusado durante seu interrogatório”⁹⁸⁹. Enfim, é plenamente possível ocorrer prova ilícita na produção da prova, dentro do processo.

“Quanto ao momento, afirma-se que, na prova ilícita, o vício ocorre quando de sua **obtenção** (p. ex.: no momento em que se capta a conversa telefônica), enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre na sua **produção** (p. ex.: no momento em que se indefere a pergunta à testemunha). Embora normalmente a ilicitude se dê relativamente à obtenção de uma prova, isto é, durante a execução de um meio de obtenção de prova (p. ex.: uma interceptação telefônica ou busca e apreensão), é possível que a ilicitude ocorra no próprio processo, durante a produção da prova. Basta pensar em um acusado que seja torturado, ou submetido à hipnose, ou compelido a tomar o ‘soro da verdade’, durante seu interrogatório. Se um padre prestar depoimento sobre algo que teve conhecimento durante uma confissão, o vício que acarretará a ilicitude da prova testemunhal se dará na própria produção do meio de prova”⁹⁹⁰

Também, uma vez mais excepcionando aquela regra da doutrina tradicional, de que a nulidade ocorreria dentro do processo (em juízo) e a prova ilícita externamente, é possível haver nulidade externa ao processo. Pense-se na hipótese em que um perito, por desídia, acabe comprometendo a realização de um exame de corpo de delito, por não preservar o local ou as coisas que deveriam ser analisadas. Ora, ocorrerá nulidade no caso, que implicará (se assim for possível) a renovação da prova.

Não se trataria de prova ilícita, segundo a corrente tradicional, o que coloca em dúvida aquela diferenciação (ilicitude decorrente dos meios de obtenção de prova - fora do processo - e a ilegitimidade decorrente das regras de produção - dentro do processo).

⁹⁸⁸ “A par da distinção no plano da natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova ou concomitantemente ao processo, **mas sempre externamente a este**” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*, p. 51)(destacamos).

⁹⁸⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 100.

⁹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 285-286. Aliás, anote-se que a própria diferenciação entre captação e produção da prova é confusa, pois, no momento da produção da prova em juízo, é óbvio que a prova está sendo captada.

Há outros exemplos que também causam dúvidas se se trataria de prova ilícita ou ilegítima, já que tanto haveria vício de ordem material quanto procedimental.

“Por fim, e mais relevante, e de se considerar que as linhas que demarcam a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se abstratamente consideradas bem demarcadas, na prática, muitas vezes se mostram apagadas ou inseguras. Isso porque, **em muitos casos, há violações de dispositivos constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte**, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova. (...) Por certo, entre os direitos constitucionais cuja violação caracterize uma prova ilícita, devem ser incluídos os direitos processuais, em especial as garantias constitucionais dos acusados, que integram o devido processo legal: juiz natural, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, motivação, publicidade etc”⁹⁹¹

Tenha-se em vista o caso da autorização judicial para a quebra de um sigilo bancário, ou mesmo para as interceptações telefônicas. Ora, não havendo a autorização judicial (ou sendo a fundamentação do juiz insuficiente), poderá haver quem interprete a hipótese como vício procedimental (é necessária uma decisão judicial), e outros que leiam o caso como vício de ordem material (violação da intimidade). É por esse motivo que alguns entendem que a interceptação telefônica sem autorização judicial constituiria prova viciada pela forma, pois, segundo esta mesma posição, “o vício reside no aspecto processual, ou procedimental”⁹⁹², enquanto outros entendem que se trataria de prova ilícita⁹⁹³, já que obtida mediante violação da intimidade (direito material).

Há, de fato, muitas zonas cinzentas entre a diferenciação da prova ilícita e a ilegítima. Thiago André Pierobom de Ávila fala que a violação do direito ao silêncio (por exemplo: o fato de o juiz obrigar o réu a falar) constituiria prova ilícita enquanto que a falta de advertência desse direito pelo juiz constituiria nulidade⁹⁹⁴.

Conforme já destacava Ada Pellegrini Grinover, antes da ordem constitucional de 1988, a resolução da controvérsia se uma prova seria considerada ilícita ou ilegítima dependia do que o ordenamento jurídico previsse, já que “quando a prova for, ao mesmo

⁹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 288.

⁹⁹² “Há determinadas provas que, não obstante seja em direito admissíveis, acabam sendo tachadas de nulas pelo fato de não haverem seguido a forma estipulada na Lei, e tampouco encontram qualquer respaldo de convalidação. São exemplos a busca e apreensão realizada (no Brasil) no período da madrugada e a interceptação telefônica sem autorização judicial. O vício reside no aspecto processual, ou procedimental, já que obtida de forma contrária àquela estabelecida como regra” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas legais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 95-96.

⁹⁹³ FERNANDES, Antonio Scarance. “O sigilo financeiro e a prova criminal”. In: José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 483; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário”. In: *Helôisa Estellita Salomão* (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo, Dialética, 2001, p. 176

⁹⁹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 101.

tempo, ilícita e ilegítima, será necessário verificar se o impedimento processual de utilização é suficiente para esvaziá-la, como acontece quando sua produção em juízo é cominada de nulidade; ou se deverá continuar-se a ter em mente sua qualificação de ‘ilícita’, para retirar-lhe toda e qualquer eficácia”⁹⁹⁵

Até mesmo a diferenciação que se faz entre nulidade e prova ilícita, consistente na possibilidade, ou não, de repetição do ato, é, em certo modo, colocada em xeque.

No ponto, lembra-se que mesmo a possibilidade de repetição da prova (ato) – o que, geralmente, ocorre nas hipóteses de nulidades - é possível de ocorrer em casos envolvendo a ilicitude de prova. Não obstante a prova ilícita se dê nos meios de obtenção da prova, os quais trabalham com os fatores surpresa e instantaneidade, nem sempre será impossível essa renovação. Com efeito, como ensina a doutrina, não são em todos os meios de obtenção de prova que há o fator surpresa: por exemplo, “na quebra do sigilo bancário e fiscal, a surpresa não é fator determinante. Assim, caso se reconhecesse a ilicitude na obtenção de dados bancários ou fiscais de um investigado (p. ex.: porque obtido sem ordem judicial), nada impediria que houvesse, uma ordem judicial válida determinando o fornecimento dos mesmos elementos de prova”⁹⁹⁶

Como bem discorre Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ao falar das provas ilícitas e ilegítimas (nulidade): “o certo é que há muitas zonas de intersecção entre uma e outra e, do ponto de vista do conjunto de meios de prova que poderão ser valorados pelo julgador, as diferenças são mínimas”⁹⁹⁷, de modo que, como bem fala o Autor: “mais relevante que distinguir entre **nulidade** e **inadmissibilidade**, é prever a **inutilizabilidade** da prova ilícita, impossibilitando a sua valoração”⁹⁹⁸.

3.5.2.6. Das razões de ordem prática e teórica para um tratamento unificado entre a nulidade (prova ilegítima) e a prova ilícita.

Em nosso ordenamento, com as reforma processual penal operada pela Lei n. 11.690/2008, o legislador veio a cuidar, expressamente, das provas ilícitas.

No artigo 157, do Código de Processo Penal, está posto serem inadmissíveis as provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo. O legislador conceituou prova ilícita como aquela obtida mediante violação das normas constitucionais ou legais⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 129.

⁹⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 286.

⁹⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 285.

⁹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 287.

⁹⁹⁹ Art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Analisando o referido preceito, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que “não parece ter sido a melhor a opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela ‘obtida em violação às normas constitucionais ou legais’ (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP”¹⁰⁰⁰. Segundo Antonio Scarance Fernandes, o termo “normas legais”, tal como está no Código de Processo Penal, deve ser lido como normas de direito material, já que, pela doutrina tradicional, a violação das normas processuais implicaria a ilegitimidade da prova, havendo solução distinta para as provas ilícitas¹⁰⁰¹.

No ponto, entende-se, com todo respeito aos Autores citados, que não há razão para (re)interpretar os termos utilizados pelo legislador. Conforme o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, todas as provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais (sejam penais, sejam processuais penais) deverão ser consideradas ilícitas. Hoje, o legislador unificou o tratamento da matéria, o que antes não ocorria, como afirmava Ada Pellegrini Grinover, em meados da década de 1970:

“É necessário, ainda, observar que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede sua produção em juízo. (...) **Claro é que se todos os ilícitos materiais também configurassem ‘prova ilegítima’, ou seja, processualmente inadmissível, fulminando-a de nulidade, o problema que vamos enfrentar não se colocaria. E um ordenamento processual que determinasse a inadmissibilidade e a nulidade de toda e qualquer prova, obtida através da violação de normas materiais ou princípios gerais de direito, tudo seria resolvido à luz da norma processual. Mas um ordenamento assim não existe.** E o problema da prova ilícita se coloca, portanto, como elo entre o ilícito material e a inadmissibilidade processual”¹⁰⁰².

Cabe ressaltar, contudo, que, hoje, um ordenamento jurídico assim existe.

Dessa forma, a impossibilidade que existia, por falta de previsão legislativa, que antes vislumbrava a doutrina em se instituir um tratamento unificado entre nulidade e

¹⁰⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 125.

¹⁰⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 86.

¹⁰⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 129 (grifamos e destacamos). Em outra oportunidade da mesma obra, a Autora reitera: “... ainda cabe ressaltar que o legislador brasileiro não erigiu em norma processual, genericamente, o impedimento de produzir em juízo provas obtidas através de transgressões a normas de direito material. Se assim o fizesse e se à vedação se acompanhasse a cominação de nulidade, a prova seria, contemporaneamente, ilícita e ilegítima, e o problema da admissibilidade em juízo das provas ilícitas ficaria resolvido em face da própria lei processual” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 198).

prova ilícita, hoje não mais subsiste, haja vista a expressa unificação do tratamento legislativo, com a reforma processual instituída pela Lei 11.690/2008.

Obviamente, com o exposto, não estamos a sustentar, neste trabalho, que só porque o legislador adotou esse critério ele seja o mais correto, o que seria um argumento pobre de nossa parte, pois a lei muda a todo tempo e nem sempre as escolhas legislativas são sempre as mais corretas, quer do ponto de vista técnico-jurídico, quer da justiça

No ponto, as razões para unificar o tratamento entre inadmissibilidade da prova e sua nulidade não decorrem apenas da lei.

As razões que, segundo pensamos, permitem essa unificação residem em uma construção teórica mais uniforme e lógica desses institutos.

Na doutrina nacional - de modo muito original e pioneiro -, Ricardo Jacobsen Gloeckner faz uma série de ricas e interessantes comparações entre os princípios (ou, como preferimos denominar, norteamientos) que incidem na teoria das nulidades e nas provas ilícitas: o da causalidade (ou imputabilidade, como prefere o Autor citado) com a teoria dos frutos da árvore venenosa; o do prejuízo com a teoria da inevitabilidade da descoberta da prova ou mesmo com a teoria da fonte independente, demonstrando, assim, a grande proximidade entre eles. No que tange à diferenciação dada de que, na prova ilícita, o problema seria “*facilmente*” resolvido antes mesmo de a “prova” ingressar nos autos do processo (pela sua inadmissibilidade) e de que, na nulidade, a invalidade seria reconhecida somente após o ingresso do ato dentro do processo, Ricardo Jacobsen Gloeckner bem mostra toda a artificialidade dessa construção¹⁰⁰³.

Com efeito, apesar de, teoricamente, até fazer sentido a diferenciação, de que a prova ilícita nem sequer chegaria a ingressar no processo, o fato é que, no mundo real, das pessoas de carne e osso, as coisas ocorrem um pouco diferente¹⁰⁰⁴.

Afinal, convenha-se, ainda que presente a prova ilícita, dificilmente o funcionário do fórum teria meios de “impedir” a sua entrada no processo (considerando que pudesse “prever” que a prova fosse mesmo ilícita!). E mesmo que pudesse saber, com total certeza, que o ato constituiria uma prova ilícita, dificilmente poderia recusar a sua juntada aos

¹⁰⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 357.

¹⁰⁰⁴ Embora de modo menos enfático e categórico, também Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró afirma: “não há como negar que a **inadmissibilidade** impede o ingresso, no processo, de uma prova ilícita, o que não ocorre na teoria das nulidades. Porém, na grande maioria dos casos, o reconhecimento da ilicitude da prova ocorre *a posteriori*, quando o meio proibido já ingressou no processo (p. ex.: reconhece-se a ilicitude de uma interceptação telefônica, depois de já realizada a operação técnica e juntado aos autos o laudo de degravação ou os registros da conversa). Neste caso, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova não será a **inadmissibilidade** (impedir o ingresso), mas o seu **desentranhamento** (excluir do que não deveria ter ingressado). Do ponto de vista da dinâmica procedimental, sob o aspecto cronológico da imposição da sanção, não haverá diferença prática entre o **desentranhamento** (e não a inadmissibilidade) e a **nulidade**” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 286).

autos, sem que o juiz, antes, pudesse se manifestar a respeito. Caso contrário, se assim procedesse, o funcionário do protocolo estaria negando o direito de acesso à justiça.

Por isso, acrescentamos que, da mesma forma que não se poderia falar em nulidades de pleno direito no processo (sendo imprescindível decisão jurisdicional a respeito, com natureza constitutiva), também não se poderá falar em provas ilícitas sem que antes o juiz analise o assunto. Portanto, não só na prática - mas também na teoria - constitui um erro interpretar que a introdução da prova ilícita poderia ser rechaçada de plano, já que sempre será necessária uma decisão judicial (decorrência do cânone maior da inafastabilidade da jurisdição), sendo que o magistrado deverá ponderar, dentro dos autos do processo, se se trata mesmo de uma prova ilícita.

A inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas refere-se tão-somente ao desentranhamento da prova, e não à impossibilidade do seu ingresso nos autos do processo. Caso contrário, se não fosse possível o seu ingresso, como seria possível a apreciação da ilicitude? Se não fosse permitida apreciação judicial, ora, mas afinal não estaria sendo negado o direito constitucional de acesso à justiça?

O problema concernente tanto nos atos sujeitos à nulidade quanto na prova ilícita, dessa maneira, só se verifica quando já há a produção desses atos no processo, mediante a sua “entrada” nos autos. É bem verdade que se poderia dizer que a prova ilícita gera como consequência o seu desentranhamento, ao passo que a nulidade não implicaria esse efeito. Haveria, por isso, uma relevante diferenciação entre ambas, a ponto de inviabilizar um tratamento unitário, como se pretende neste trabalho. Contudo, não há qualquer razão para manter essa diferenciação, sobretudo quando a nulidade incidir na produção de uma prova, que resultará em um elemento de prova, o qual poderá levar o juiz a cometer algum equívoco ou erro de apreciação, já que o ato viciado pode influenciá-lo, de forma deletéria, em sua convicção, igualmente ao que ocorre com a prova ilícita. Aliás, foi justamente isso que pretendeu evitar o legislador de 2008, que, na reforma processual, acertou ao equiparar o tratamento jurídico para a prova ilícita e à ilegítima, determinando o desentranhamento de ambas dos autos do processo¹⁰⁰⁵. Por isso, afirma-se, juntamente de acordo com as lições de Gustavo Henrique Righi Ivah Badaró, que, nos dias de hoje, “em suma, **podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais**”¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁵ Na jurisprudência, é possível notar o novo tratamento jurídico, sendo que, no Superior Tribunal de Justiça, já se mandou desentranhar uma prova ilícita que, no sistema antigo, seria certamente catalogada como ilegítima. Consulte-se: STJ, HC 154093/RJ, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 09.11.2010.

¹⁰⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 289. Contra o entendimento exposto, consulte-se: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal: duas cabeças, duas sentenças”. In: Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.). *Proibições probatórias*

Ricardo Jacobsen Gloeckner defende que a prova ilícita se sujeitaria a um regime de nulidade, ainda que mais específico (haja vista o desentranhamento da prova)¹⁰⁰⁷.

Não deixa, por isso, de a ilicitude da prova constituir uma invalidade, ou, como se queira, nulidade, ainda que ela nem sempre acarrete a repetição do ato.

Nesse ponto, também pensamos de modo diferente da doutrina tradicional, a qual sustenta que, pela inadmissibilidade das provas ilícitas, elas deveriam ser consideradas inexistentes, do ponto de vista jurídico. Conforme entendemos, a inadmissibilidade tem relação direta com o desentranhamento da prova ilícita, não tendo relacionamento com a existência jurídica do ato em si. Também não seria correto argumentar que, por conta da sua possível ilicitude (material), a prova ilícita seria um não-ato. Fosse assim, todos os atos ilícitos em direito (os crimes e as infrações civis) seriam, também, atos juridicamente inexistentes, o que não é correto, pois, segundo a teoria geral do direito e as lições dos primeiros anos da faculdade de Direito, a ilicitude em si implica a invalidade do ato.

Neste trabalho, portanto, a prova ilícita **não é considerada um ato inexistente, mas sim um ato inválido**, ainda que muito próximo da nulidade¹⁰⁰⁸.

A esse respeito, é interessante citar que o artigo 32, n. 8, da Constituição de Portugal, discorre que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”¹⁰⁰⁹. J. R. Spender discorre que também na França a lei lida com o assunto, na sua legislação, “sob a rubrica nulidade”¹⁰¹⁰.

Chega-se a essa conclusão, pois, em algumas situações, tanto a doutrina quanto o próprio ordenamento jurídico admitem tanto a existência quanto a eficácia jurídica da prova ilícita. Fosse a prova ilícita um não-ato, isto é, um ato juridicamente inexistente, não seria possível considerá-la no processo, como, às vezes ocorre, quando se conclui pela sua descoberta inevitável. Ora, o que é a descoberta inevitável senão a análise do

no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 106.

¹⁰⁰⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 358, 505.

¹⁰⁰⁸ Na doutrina, Maria Thereza Rocha de Assis Moura defende que a prova ilícita configuraria uma nulidade, discorrendo, para tanto: “a prova ilícita em sentido estrito, isto é, a obtida com violação à norma de direito material ou à norma constitucional, é inadmissível no processo penal. Mas nem a Constituição, nem o Código de Processo Penal estabelecem de forma explícita a consequência que deriva de seu ingresso no processo. Tratando-se porém de violação às normas de garantia, a ilicitude conduz à nulidade absoluta, não possuindo, pois, a prova qualquer eficácia. Isto significa que a prova colhida com infringência à norma de direito material ou constitucional é considerada também como processualmente ilegítima, isto é, colhida em desrespeito aos interesses que dizem respeito à finalidade do processo” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Os sistemas de persecução penal e seus órgãos de acusação”, p. 100). Anota a Autora, na nota de rodapé n. 22, que a Professora Ada Grinover vai mais longe, ao considerar a prova ilícita como um não ato.

¹⁰⁰⁹ Consulte-se em: www.igfse.pt/upload/docs/2013/constpt2005.pdf.

¹⁰¹⁰ SPENDER, J. R. “Prova”. In: Mireille Delmas-Marty (coord.). *Processos penais da Europa*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr; colaboração: Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 633.

prejuízo na admissão da prova ilícita, que é conceito próprio das nulidades processuais? Como afirma Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “mesmo no caso de utilização de uma prova ilícita por derivação, em relação à qual se constatasse que a prova seria **inevitavelmente descoberta** por uma investigação legal, seria de considerar que a valoração do meio de prova derivado da prova ilícita não seria nula, por ausência de prejuízo. Na dicção do art. 566 do CPP, ‘*não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*’¹⁰¹¹. Portanto, as “exceções”¹⁰¹² que se colocam ao reconhecimento da prova ilícita só confirmam o fato de que ela tem existência jurídica, pois, caso fosse mesmo um ato juridicamente inexistente, não seria possível lhe conferir qualquer eficácia jurídica.

3.5.3. Do relacionamento entre as nulidades e a inexistência jurídica.

3.5.3.1. Origem da teoria da inexistência jurídica: uma necessidade prática para fazer frente à ausência de previsão de nulidade.

O instituto da inexistência jurídica, como já foi visto, no capítulo 2¹⁰¹³, foi fruto de criação doutrinária, difundida principalmente pelos civilistas franceses do século XIX.

¹⁰¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 287. Cabe só lembrar que o Autor cataloga a prova ilícita como hipótese de inexistência jurídica, o que nos parece uma contradição, mormente ante a conclusão do Autor quanto a um regime unificado entre nulidade e prova ilícita, ou melhor, entre prova ilegítima e ilícita. Havendo esse regime jurídico unificado (tanto que o Autor veio a adotar um conceito amplo de prova ilícita), não é possível tratar como inexistente uma prova nula.

¹⁰¹² Quando falamos das exceções à prova ilícita, não estamos falando do que a doutrina tradicional denomina por prova ilícita *pro reo*, descrita, às vezes, como a “única exceção possível à regra constitucional” (da inadmissibilidade das provas ilícitas) que “ocorre se e quando utilizada em favor do acusado” (PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 97). A prova “ilícita” *pro reo*, a nosso ver, não constitui, propriamente, uma exceção à prova ilícita, pois, no caso, dada a incidência de exclusão de antijuridicidade (legítima defesa), a prova se torna lícita, não sendo, portanto, ilícita. O exposto também vale para a prova “*ilícita*” produzida a favor das vítimas/acusação (estado de necessidade ou exercício regular de um direito {prova}), o que é possível *em casos excepcionais, quando for o único meio possível para exercer o direito à prova (frisamos: desde que não implique ofensa à integridade física do imputado):* ora, “somente permitir o princípio em favor da defesa é tratar desigualmente as partes no processo (...) se a legítima defesa torna a prova lícita, em favor do réu, não há motivos para não se aplicar o mesmo entendimento em casos de especial gravidade, quando há evidente estado de necessidade” (GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*, p. 110). Em nosso ordenamento jurídico, de certa forma, a Lei 12.850/2013 reafirmou a licitude da prova acusatória obtida no caso de infiltração. A rigor, não houvesse alguma ponderação de valores, essa prova sempre deveria ser reputada como ilícita, pois é obtida mediante a violação de diversos direitos do investigado (o qual é, antes de tudo, enganado {falsidade} pelo agente infiltrado e tem a sua intimidade, muitas vezes, devassada, sem falar na vulneração do seu direito ao silêncio). Contudo, sendo o único recurso possível (artigo 10, § 2º, da lei) na apuração de crimes graves, cometidos, em tese, por organização criminosa, admite-se a validade dessa prova (desde que ela seja autorizada pelo juiz e sejam cumpridos, à risca, todos os seus requisitos legais).

¹⁰¹³ Sobretudo nos itens 2.3.1, 2.3.4, 2.3.4.1 e 2.3.4.2.

A sua teorização ocorreu para atenuar o sistema rígido de nulidades desenhado pelo Código Civil napoleônica de 1804, no qual a nulidade só poderia ser reconhecida se estivesse expressamente prevista em lei (sistema taxativo de nulidades), de acordo com o princípio *pás de nullité sans texte*. Assim, para contornar a situação descrita, já que não seria possível reconhecer a nulidade quando não houvesse previsão explícita de nulidade, passou-se a tratar a hipótese omitida de nulidade (lacuna) como caso de inexistência. Pela mesma razão prática, o instituto da inexistência, serviu para atenuar o rigor dos sistemas em que foram abolidas as hipóteses de nulidades absolutas no processo penal. Assim, para contornar essa situação, muitas das hipóteses de nulidades que, antes, eram consideradas absolutas, mas deixaram de existir (o que ocorreu no Código Penal italiano de Rocco, de 1930), passaram a ser interpretadas como casos de inexistência jurídica.

Contudo, conforme veremos no próximo capítulo¹⁰¹⁴, em sistemas como o nosso, em que não há um rol fechado e taxativo de nulidades, não há tanta razão para manter a teorização quanto ao instituto da inexistência jurídica, que mais tem causado confusão que solução para os mais variados problemas referentes aos vícios processuais.

3.5.3.2. Da confusão entre o instituto da inexistência jurídica e da nulidade.

Por ter se fundado em razões de ordem prática, já que a inexistência foi pensada e criada para cumprir o papel conferido anteriormente à nulidade, isso, de certa forma, explica porque é tão grande a confusão entre os dois institutos. É compreensível o fato de muitas hipóteses de inexistência jurídica serem confundidas com nulidades, e vice-versa, já que, efetivamente, a inexistência foi teorizada e idealizada para substituir muitos dos casos que antes estariam sujeitos ao regime das nulidades. As hipóteses de inexistência são muitíssimo controvertidas¹⁰¹⁵. Não seria exagerado afirmar que, com relação ao assunto, efetivamente ninguém se entende. Pode-se, a esse respeito, aplicar tranquilamente para o processo (tanto o civil quanto penal) a constatação feita por Orlando Gomes de que “o que é nulo para um, é inexistente ou anulável para outro, e assim por diante”¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ Item 4.4.2.

¹⁰¹⁵ Como bem afirma Vicente Greco Filho: “às vezes a doutrina tem a tendência de considerar inexistentes atos que, na verdade, são apenas nulos. Entre outras hipóteses podem ser referidas a sentença de juiz militar quando a competência era do juiz penal comum e a sentença do juiz impedido. Em ambas as situações o juiz é dotado de jurisdição, portanto a sentença existiu como tal, ainda que com nulidade absoluta” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 288).

¹⁰¹⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 411.

Há quem considere, por exemplo, que na hipótese de haver exercício advocatício por advogado sem mandato haveria nulidade¹⁰¹⁷ (e não inexistência, como está acima) ou até mera irregularidade, já que a lei admitiria a ratificação dos atos processuais¹⁰¹⁸.

Outros, a exemplo de Fernando da Costa Tourinho Filho, inserem o impedimento do juiz como causa de nulidade, e não de inexistência jurídica¹⁰¹⁹.

Vicente Greco Filho defende que a falta de assinatura, na denúncia, não é uma hipótese de inexistência jurídica, mas sim uma simples irregularidade¹⁰²⁰, o que demonstra a que ponto chega a confusão existente na matéria envolvendo a inexistência jurídica.

Há, de fato, hipóteses, obviamente, mais claras de inexistência jurídica, como o exemplo trazido por João Conde Correia, consistente em se proferir, à mesa de um café (cafeteria), uma sentença ou acusação não escritas; contudo, como bem destaca o referido Autor, estes seriam casos mais acadêmicos (fictícios) que propriamente reais¹⁰²¹.

De certa forma, aí reside um dos grandes problemas da teorização da inexistência jurídica no processo, pois os raros exemplos que poderiam ser enquadrados como hipóteses claras e incontroversas de inexistência, com efeito, quase nunca ocorrem na vida real, das pessoas de carne e osso. A esse respeito, cita-se o exemplo paradigmático de inexistência jurídica do próprio processo, que é citado em, praticamente, todos os livros de doutrina, que consiste no julgamento de um caso penal por alguém que não seja juiz (*non iudice*), isto é, por um sujeito que não está nem nunca esteve investido de jurisdição¹⁰²².

¹⁰¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 203, nota de rodapé n. 34. O artigo 4.º, da Lei 8.906/1994, dispõe que “são nulos os atos praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia”.

¹⁰¹⁸ Com relação ao artigo 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afirma Roque Komatsu: “aponta-se o mencionada parágrafo único como prevendo uma hipótese de inexistência. Críticável tal ponto de vista. Não podem ser considerados como inexistentes os atos que podem ser ratificados” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 160).

¹⁰¹⁹ “Parte da doutrina inclui, também, entre os atos de inexistência jurídica, os praticados por Juiz suspeito ou subornado. Não se trata, aí, de inexistência. Os atos são passíveis de nulidade (...) Nulidade absoluta também haverá se houver impedimento ou incompatibilidade do órgão jurisdicional, porquanto uma ou outra causa priva o juiz da jurisdição” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 139).

¹⁰²⁰ “Já se disse que a denúncia sem assinatura seria inexistente, mas isso não é correto. Denúncia sem assinatura, desde que não haja dúvida de que foi o órgão do Ministério Público que a elaborou, tem defeito apenas na autenticação, o que pode ser corrigido até a sentença, mediante a declaração do Ministério Público de que é ato dele emanado” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 292).

¹⁰²¹ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 114. Poderia ser lembrado o exemplo de Egas Dirceu Moniz de Aragão, consistente em um Júri Simulado, prática tão frequente nas Faculdades de Direito do Brasil, sendo que “com esses não-atos é que parecem mais preocupados os juristas quando eles, na verdade, não causam dificuldades” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II, p. 261).

¹⁰²² É certo que se poderia cogitar do exemplo do juiz aposentado que, mesmo assim, venha a proferir decisão em determinado caso. Seria também possível pensar na hipótese de a publicação da sua decisão se dar somente quando já publicada a sua aposentadoria, sendo que a decisão deveria ser reputada inexistente. Cabe destacar que, mesmo essas hipóteses, ainda que menos raras, também não são comuns de ocorrer.

“Quanto aos atos inexistentes, **há exemplo bastante elucidativo**: imagine-se que um particular, privado da sanidade psíquica, se apresente ao foro e assuma a direção de audiência, julgando vários processos. Os atos que praticou independem, obviamente, de declaração judicial de nulidade. Não existem. Nunca serão considerados seus efeitos”¹⁰²³.

Como afirma Mario Chiavario, esta é uma “ipotesi quasi soltanto di scuola”¹⁰²⁴.

Chiara Besso também concorda com o exposto, tanto que expõe que, de fato, “tale ipotesi di sentenza inesistente è certamente ipotesi scolastica, che si colloca quase al di fuori della realtà. L’occuparsi della sua disciplina può pertanto apparire esercizio accademico, puro *divertissement* teórico”¹⁰²⁵.

O mencionado acima, de certa forma, é um indicativo para se começar a refletir se seria mesmo necessário manter a teorização da inexistência jurídica na seara processual, sobretudo penal. Afinal, se o principal exemplo deste instituto (convenha-se, a rigor, o **único** realmente incontroverso entre os estudiosos¹⁰²⁶), dificilmente ocorre na prática, não parece mesmo haver razão para manter o seu tratamento no processo.

Fora a hipótese de inexistência jurídica do próprio processo (isso quando faltar o pressuposto processual de existência de todo o processo: juiz investido de jurisdição) – a inexistência jurídica só ganha mesmo relevância no processo quando algum vício no seu curso puder levar à desconstituição da coisa julgada. Aliás, foi para isso que a teoria da inexistência jurídica foi criada no direito processual: para contornar o rigor de sistemas processuais infensos às nulidades (sobretudo às nulidades de ordem absoluta, que, como veremos mais à frente¹⁰²⁷, levam, no processo, à flexibilização da coisa julgada, quando forem favoráveis ao imputado). Para tanto, o vício (de inexistência) deve fulminar diretamente a sentença ou o ato consubstanciado em sua cientificação: aí sim será atingido o trânsito em julgado, já que, (1) sem sentença, não é possível formação da coisa julgada, bem como, (2) sem intimação de sentença, não começa a correr o prazo do recurso, inexistindo formação de coisa julgada. Ocorre que essas hipóteses são difíceis de ocorrer no processo penal (que, aliás, não pode tramitar à revelia do acusado). Na verdade, salvo a

¹⁰²³ FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 35 (destacamos). Com todo o respeito, mas o exemplo dado é inacreditável: para ele ocorrer na prática seria necessário um conjunto de situações, todas elas muito extraordinárias: afinal, convenha-se, não é tão fácil assim alguém se apresentar como juiz e passar a julgar diversos processos (ainda mais em se tratando de alguém com problemas mentais) sem que ninguém do fórum estranhe nada. Ora, o escrevente ou os demais funcionários da vara/fórum não vão sentir falta da pessoa do juiz com quem trabalham todos os dias?

¹⁰²⁴ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, p. 277. O referido Autor, contudo, entende que, apesar da hipótese elencada, a casuística relativa à inexistência do ato jurídico é bastante rica. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*, p. 277).

¹⁰²⁵ BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 385.

¹⁰²⁶ A esse respeito, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que, entre os diversos pressupostos de existência do processo elencados pela doutrina, “poucos são os que, ausentes, impedem o nascimento do processo (...) talvez o único pressuposto real de existência seja a *investidura do órgão jurisdicional*” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 214).

¹⁰²⁷ Item 4.4.7.

hipótese *ilusória* de inexistência física da própria sentença no processo, o único exemplo, de fato, plausível para fundamentar a inexistência de formação da coisa julgada seria o equívoco na intimação da parte.

Contudo, até mesmo esse exemplo se mostra bem questionável¹⁰²⁸, e, conforme poderemos tratar no próximo capítulo¹⁰²⁹, o nosso sistema de nulidades processuais resolve muito bem os seus problemas, não sendo necessário teorizar, no caso, para solucioná-lo, o instituto da inexistência jurídica. Dispensável o seu tratamento jurídico.

O problema da inexistência é que se o instituto for reduzido ao seu sentido material, isto é, de inexistência física do ato dentro do processo, a sua teorização perde um pouco o sentido e a própria utilidade prática, já que as situações mais aberrantes (falta de sentença) dificilmente ocorrem na prática e os demais exemplos de inexistência física do ato dentro do processo acarretam, em sua maioria, a nulidade: falta de resposta à acusação, ausência de interrogatório, ausência de apresentação de memoriais finais, etc.

Por outro lado, se o instituto for concebido tão-somente em seu sentido jurídico (inexistência jurídica de ato fisicamente existente), corre-se o risco de confundi-lo com a nulidade absoluta, já que as hipóteses de inexistência e de nulidade são bem próximas, havendo constante confusão na doutrina e jurisprudência. O próprio Código de Processo Penal, quando trata das nulidades processuais, fala em falta de **elemento essencial** do ato, sendo que, segundo a doutrina tradicional, a ausência de **elemento essencial** deveria acarretar justamente a inexistência jurídica, e não a nulidade.

A inexistência jurídica constitui, portanto, uma noção, em certo sentido, vazia de conteúdo no processo, **sem conceito autônomo**¹⁰³⁰. E, comumente, é isso que ocorre, pois a doutrina conceitua e aponta hipóteses de inexistência jurídica que, a rigor, se confundem em muito com os conceitos e hipóteses enquadráveis nas nulidades processuais.

A esse respeito, afirma a doutrina que a inexistência se dá quando há “intensa desconformidade entre o ato e seu modelo legal”¹⁰³¹, ou quando há “absoluta discordância com o respectivo modelo legal”¹⁰³². Discorre-se que “a desconformidade com o modelo

¹⁰²⁸ O exemplo pode ser visto como nulidade. No ponto, é assim que trata o nosso Código de Processo Penal, ao dispor, no artigo 564, III, alínea o, que “a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso”.

¹⁰²⁹ A partir do item 4.4.2.

¹⁰³⁰ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 116.

¹⁰³¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 51. No mesmo sentido, discorrendo que, na hipótese, “o desvio é muito intenso em relação aos moldes pré-estabelecidos em normas vigentes”: DAURA, Andreson Souza. *Inquérito policial: competência e nulidades de atos de polícia judiciária*. 4.ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41.

¹⁰³² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 410.

legal é tão intensa que se chega a falar em *inexistência* do ato”¹⁰³³, conceito esse que não destoa muito do atribuído à nulidade (afinal, o que é desconformidade tão intensa, já que a nulidade, por si só, já decorre de um vício considerado grave?), o que acarreta confusão entre os institutos, conforme reconhece a própria doutrina¹⁰³⁴.

Pelo exposto, na Itália, Salvatore Satta se mostra também bem cético e crítico ao instituto da inexistência jurídica: “l’ empiricità della distinzione si manifesta nelle stesse formule usate per distinguere le due categorie, e più si fa palese nella assoluta incertezza che regna sulla individuazione degli atti inesistenti. La verità è che la distinzione è frutto di un palese equivoco, in quando la validità dell’atto è sempre in funzione della sua conformità alla fattispecie legale, e pertanto qualunque difformità rende l’atto inesistente o nullo che dir si voglia, senza possibilità di distinguere tra grandi o piccole difformità. Al di fuori della fattispecie legale non c’è un atto, quasi in senso naturalistico, al quale si possa attribuire una esistenza o che abbia sue condizioni di esistenza”¹⁰³⁵.

3.5.3.3. Da desnecessidade da manutenção do instituto da inexistência jurídica e da conveniência de sua leitura entre as invalidades jurídicas.

Razões de ordem prática, no passado, deram ensejo à teorização do instituto da inexistência jurídica no direito, especialmente para tratar dos casos em que, antigamente, não se previa a sanção de nulidade. Contudo, já não é de hoje que tem havido uma maior aplicação e incidência da teoria das nulidades no processo, sobretudo no direito processual penal, haja vista a adoção de um sistema amplo, quer dizer, não taxativo de nulidades. Portanto, mostra-se pertinente e até mesmo recomendável pensar em uma possível fusão entre o instituto da inexistência com o das nulidades processuais, unificando-se, desse modo, o tratamento conferido a todas essas hipóteses.

Ora, se por razões práticas foi previsto e criado o instituto da inexistência, o fato é que, uma vez não mais subsistindo essas mesmas razões, não há motivos para mantê-lo em nosso sistema, o qual, aliás, mais tem causado mais problemas que soluções.

¹⁰³³ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 18.

¹⁰³⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 412; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 130.

¹⁰³⁵ SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Curatore: Carmine Punzi. 9.^a ed. Padova: CEDAM, 1981, p. 243.

A esse respeito, Tito Prates da Fonseca, entre nós, há muito já discorria que seria totalmente dispensável e inútil a figura da inexistência jurídica, isso quer fora, quer dentro do processo, sendo que sua teorização só tende mesmo a gerar “**dúvidas perniciosas**”¹⁰³⁶

Outros fatores aconselham que se pare de trabalhar com o instituto da inexistência no processo penal, haja vista que muitas são as incongruências e as contradições que ele traz consigo, podendo até mesmo implicar risco ao sistema de garantias instituído.

A inexistência jurídica pode ser prejudicial ao processo e levar a soluções muitas vezes injustas e contraditórias. As premissas em que a teoria da inexistência jurídica se pauta são muito artificiais, não se sustentando diante de uma análise crítica e do mundo real. Afinal, o direito serve ao homem, não o contrário.

3.5.3.3.1. Da artificialidade, incongruência e inconstitucionalidade da teorização de que se seria desnecessária decisão jurisdicional reconhecendo a inexistência jurídica.

Pela doutrina mais tradicional, os atos inexistentes não precisariam sequer ser “invalidados” pelo magistrado, pois, a rigor, se não chegam a existir no mundo jurídico, não haveria qualquer necessidade de o magistrado reconhecê-los como inexistentes¹⁰³⁷.

Assim afirma Eugênio Florian, segundo o qual “el acto inexistente no produce efectos jurídicos, y esto de **pleno derecho**, sin necesidad de declaración del juez”¹⁰³⁸

Nesse diapasão, entre nós, discorre Vicente Greco Filho que “o ato inexistente deve ser simplesmente desconsiderado, devendo ser praticado o ato que não o foi. Daí não depender de instrumento específico para o seu desfazimento; basta que se pratique o que não foi feito”¹⁰³⁹. Antonio Passo Cabral, nessa esteira, fala, inclusive, que “a inexistência pode ser averiguada pela simples repositura da demanda”¹⁰⁴⁰.

No âmbito recursal, Maurício Zanoide de Moraes descreve que uma “hipótese clássica de carência de ‘interesse-necessidade’ pode ser encontrada nos casos de decisão

¹⁰³⁶ FONSECA, Tito Prates da. *As nulidades em face do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 79.

¹⁰³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 30; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 51.

¹⁰³⁸ FLORIAN, Eugênio. *Elementos de Derecho procesal penal*, p. 120.

¹⁰³⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 288.

¹⁰⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 30. No âmbito civil, afirma Orlando Gomes: “uma vez que é juridicamente inexistente, desnecessário declarar sua invalidade, visto que não pode produzir qualquer consequência jurídica” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 402). Contudo, o próprio autor excepciona o exposto, ao discorrer que “demais disso, o ato inexistente, salvo quando a inexistência jurídica corresponde à inexistência de fato, é uma aparência de ato. Essa aparência precisa ser desfeita, o que se há de verificar, necessariamente, mediante pronunciamento judicial, a despeito da opinião dos partidários da teoria. O ato inexistente equivalerá, portanto, ao ato nulo, ainda sob êsses aspecto prático” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 402).

tida como inexistente, aquela que, p. ex., é proferida por juiz aposentado ou já transferido de comarca. Essa decisão, exatamente pela gravidade do vício que a contamina, não pode ser considerada sequer um ato jurídico; seria, pois, um ‘não-ato’; *in casu*, uma ‘não decisão’. E, por essa razão, seria desnecessária uma atividade impugnativa com o visio de desconstituí-la. Bastaria, pois, que o órgão jurisdicional competente fosse alertado e o vício seria sanado”¹⁰⁴¹. Geórgia Bajer Fernandes e Paulo Sérgio Leite Fernandes chegam ao cúmulo de afirmar que, nas hipóteses de inexistência jurídica, “pode-se opor obstáculos até mesmo através da violência, pois ela não produz efeito jurídico nenhum”¹⁰⁴².

Do ponto de vista teórico, essas afirmações ostentam uma lógica incensurável.

Contudo, do ponto de vista prático, elas se mostram um tanto quanto duvidosas, pois, raramente, as coisas ocorrem dessa maneira. Esse automatismo quanto a uma suposta imprestabilidade intrínseca do ato inexistente, a respeito do qual, em tese, chega-se a se afirmar que sequer seria necessária uma decisão judicial a respeito - bastando, para tanto, desconsiderar o ato... - com a devida vênia, dificilmente se verifica na realidade.

O ato realizado, ainda que qualificado como juridicamente inexistente, tem, por certo, aparência de real e de válido. Ele é visível e palpável e, certamente, produzirá alguns ou mesmo todos os efeitos jurídicos, como se fosse um ato perfeito, existente e válido.

A esse respeito, muito bem ensina Maurício Zanoide de Moraes que, na situação descrita acima (decisão juridicamente inexistente), a afirmação de que seria desnecessária uma impugnação (por exemplo: a interposição de um recurso), “conquanto tradicional na história jurídica, esbarra em aspectos fáticos intransponíveis”¹⁰⁴³.

Afinal, como bem observa Carlos Alberto Dabus Maluf, “atos inexistentes podem produzir efeitos, desde que isto seja possível material, fática e concretamente. Uma sentença a *non iudice*, proferida, v.g., por juiz aposentado, é inexistente. E se isso passar despercebido? A inexistência é jurídica, e não fática. Pode ser até que ‘sentença’ sem *decisum* muito se aproxime, do ponto de vista da aparência, a uma sentença, no sentido jurídico. Mas não o é. (...) Contudo, enquanto uma autoridade (no caso, uma autoridade investida de jurisdição) não o disser, se a sentença tiver aptidão material para gerar efeito,

¹⁰⁴¹ ZANOIDE DE MOARES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 194.

¹⁰⁴² FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 33.

¹⁰⁴³ ZANOIDE DE MOARES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 194-195 Continua o Autor: “imagine-se, v.g., uma sentença proferida por juiz que, no momento de sua subscrição, já se encontrava aposentado. Mesmo que seu substituto concorde com a argumentação da parte requerente, na prática, dificilmente, habilitar-se-á a produzir outra decisão em lugar daquela inquinada de inexistente. Contanto seja de todo despiendo, posto que o mesmo resultado poderia ser alcançado por meio mais simples (através de petição), o recurso funciona, *in casu*, como uma medida de segurança para o sistema, deixando-se ao órgão *ad quem* a tarefa de verificar a irregularidade e determinar a sua proscição com posterior execução do ato não realizado” (ZANOIDE DE MOARES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 194-195).

os gerará”¹⁰⁴⁴. No ponto, cabe mais uma vez lembrar que o direito é feito para a vida das pessoas, frise-se, de carne e osso, e não o contrário: portanto, não é a realidade que tem que se adequar aos caprichos de construções jurídicas elegantes, mas muito abstratas, as quais, se fossem aplicadas rigorosamente, isto é, ao pé da letra, só levariam a absurdos.

Aliás, o juiz, em regra, dificilmente, poderá, simplesmente, “desconsiderar” o ato praticado. Ao contrário, deverá apreciar a questão e proferir uma decisão devidamente fundamentada, em cumprimento ao cânone constitucional da motivação das decisões.

É equivocado afirmar que, no caso, seria desnecessária uma decisão tratando a respeito da inexistência. O jurisdicionado tem sim o direito de saber por quais motivos o magistrado chegou à conclusão de que o ato ou o processo seriam inexistentes, até para ter meios de se insurgir contra o entendimento. Constitui, portanto, um absurdo, do ponto de vista técnico-jurídico, sustentar que, no caso, seria desnecessária uma decisão jurisdicional.

Afirmar que seria prescindível uma decisão jurisdicional, no caso, esbarra no cânone constitucional da motivação das decisões, sobretudo na esfera penal. A afirmação, conquanto tradicional na doutrina, tem que ser, urgentemente, repensada. É necessária, sempre, portanto, uma decisão judicial, não só reconhecendo a inexistência jurídica do(s) ato(s) praticado(s), mas também desconstituindo os efeitos eventualmente produzidos¹⁰⁴⁵.

Não se trata apenas de uma questão de utilidade do provimento reconhecendo a inexistência jurídica, como defende parcela da doutrina¹⁰⁴⁶.

Trata-se, isto sim, de uma necessidade, de um verdadeiro direito.

¹⁰⁴⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*, p. 180-181. No processo civil, esse também é o entendimento de Tereza Arruda Alvim Pinto, discorrendo a respeito da possibilidade de produção de efeitos do ato inexistente: PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*, p. 98. No processo penal, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró aborda a possibilidade de o ato juridicamente inexistente gerar efeitos práticos, o que demandaria a necessidade de uma decisão judicial: “pense-se, por exemplo, em alguém que esteja preso com base em mandado de prisão expedido em razão de sentença condenatória proferida por quem não está investido do poder jurisdicional” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*, p. 144, nota de rodapé n. 104).

¹⁰⁴⁵ No processo civil, defende a necessidade de haver decisão judicial reconhecendo a inexistência jurídica: PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*, 1987, p. 98. Luiz Antonio Soares afirma, a esse respeito, que “é importante que fique consignado que a afirmação de que o ato inexistente não precisa ser declarado como tal, não importa nenhum pré-conceito. A inexistência, ao contrário, quando houver interesse nesse sentido, poderá e deverá ser declarada. Essa declaração é juridicamente possível. O inciso I do artigo 4.º do Código de Processo Civil dispõe que ‘o interesse do autor pode limitar-se à declaração: da existência ou inexistência da relação jurídica’. É a busca pelo desfazimento de dúvidas ou embaraços” (SOARES, Luiz Antonio. *Iniciação ao estudo das nulidades processuais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, s/d, p. 71). Na doutrina estrangeira, afirmam os argentinos Carlos M. Bernaldo de Quiros e Gerardo Walter Rodriguez, que “en el caso, el acto ingresó y, con defectos o no, produjo efectos; ergo su declaración de invalidez por el órgano jurisdiccional pertinente se impone, llámelo nulo o inexistente” (DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en El Proceso Penal*, p. 24). No mesmo sentido: LORENCES, Valentín H. & TORNABENE, María Inés. *Nulidades em el proceso penal*, p. 152.

¹⁰⁴⁶ Falando em utilidade da decisão: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 585.

Aliás, será sim imperiosa uma decisão para reconhecer a inexistência jurídica do ato, bem como para desconstituir os efeitos comumente produzidos com a sua prática, o que se dá com certa frequência, pois, como bem observa João Conde Correia, “se estes actos não tivessem condições para produzir efeitos, repetimo-lo mais uma vez, o problema da inexistência não se colocava”¹⁰⁴⁷. A necessidade de decisão é manifesta.

3.5.3.3.2. Do impacto negativo no sistema de direitos e garantias fundamentais.

Não bastassem todas essas dificuldades que a teorização da inexistência jurídica suscita, ela também cria outros inconvenientes, mormente tendo em vista o sistema de direitos e garantias do acusado, já que, em regra, a inexistência jurídica, pela sua lógica e construção, deveria implicar a desconstituição da coisa julgada, o que poderia ocorrer em relação a uma sentença definitiva favorável ao réu, prejudicando-o.

Por exemplo, para ficarmos em um exemplo clássico (para aqueles que entendem a falta de assinatura {autenticidade} implicaria inexistência jurídica), pense-se na hipótese de uma denúncia vier a ser apresentada sem a assinatura do membro da acusação.

Imagine-se que essa acusação seja recebida, acarretando o processamento de todo um processo-crime, o qual tem regular prosseguimento, sendo que, ao final da primeira instância, é proferida uma sentença absolutória, a qual transita em julgado.

Ora, caso a hipótese acima seja mesmo interpretada como exemplo de inexistência jurídica (e a denúncia sem assinatura é, para uma significativa parcela da doutrina, um ato juridicamente inexistente, levando à inexistência da formação da coisa julgada), o instituto da inexistência jurídica poderia justificar a desconstituição da coisa julgada, *ainda que o trânsito em julgado tenha sido favorável ao réu*. Em outras palavras, mesmo absolvido, o sujeito poderia ser, em tese, novamente processado pelos mesmos fatos. A mesma situação (sentença *pro reo* acobertada pela coisa julgada) poderia ocorrer em relação àqueles casos de instauração de um processo penal perante autoridade judicial constitucionalmente incompetente (por exemplo, um processo na justiça especial militar em vez da justiça comum), que uma grande parte da doutrina interpreta como sendo hipótese de inexistência jurídica¹⁰⁴⁸. A esse respeito, por exemplo, ao ver de Fernando da Costa Tourinho Filho, em algumas hipóteses, “nem mesmo havendo decisão absolutória se poderá formar a coisa julgada. Imagine um Juiz de Direito absolvendo um militar por crime militar. É como se

¹⁰⁴⁷ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 118.

¹⁰⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 42.

fosse uma não sentença. Nada impede, nesses casos, de se renovar a instância perante o órgão competente. E com melhor razão se houver sentença condenatória”¹⁰⁴⁹.

Com a adoção da teoria da inexistência jurídica, o mesmo inconveniente poderia se dar para relativizar e acabar com clássico exemplo de proibição de revisão criminal *pro societate*, consubstanciado no proferimento de uma sentença extintiva da punibilidade, calcada em **certidão de óbito falsa** do acusado (o retorno do defunto, do “morto-vivo”). Como bem afirma Roberto Demanto Júnior, a esse respeito, “levando-se o raciocínio exposto às últimas consequências, chegar-se-ia à conclusão lógica de que, uma vez demonstrado, de fato, que uma decisão judicial encontra-se viciada *em sua essência*, seja por ter sido a própria autoridade judiciária coagida ou até mesmo corrompida, ou, então, por encontrar fundamento em fato processual penal inexistente (erro essencial), não haveria falar em imutabilidade decorrente da preclusão dos prazos recursais, em proibição de revisão criminal *pro societate* e tampouco na aplicação da máxima *bis de eadem re ne sit actio*, o que, como veremos adiante, *ensejaria perigoso precedente*”¹⁰⁵⁰.

Pois bem, em todas essas hipóteses, para abrandar um efeito perverso do instituto da inexistência, que, a rigor, **deveria, em tese, acarretar a desconstituição da coisa julgada por reo**¹⁰⁵¹, parte da doutrina tem excepcionado o regime construído para o instituto da inexistência jurídica, defendendo que, neste caso, a coisa julgada não poderia ser desconstituída, porque o seu conteúdo é favorável ao acusado.

Ocorre que, ao fazê-lo, a doutrina acaba indo de encontro com, praticamente, toda a sistemática pensada e construída para o instituto da inexistência jurídica: afinal, a teoria da inexistência jurídica não é utilizada, justamente, para flexibilizar a coisa julgada? Ora, se é para desconstruir toda essa teorização, e seus pressupostos (a desconstituição da coisa julgada) já que ela pode levar a algumas situações consideradas indesejáveis para o sistema de garantias, por que insistir tanto na sua manutenção dentro do processo?

Como veremos¹⁰⁵², o sistema de nulidades previsto em nosso ordenamento jurídico (e aqui falamos do Código de Processo Penal), sobretudo quando a decisão for favorável ao acusado, lida muito melhor com essas situações que a teoria da inexistência jurídica.

¹⁰⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 144. Neste sentido, consulte-se também: LAGRASTA NETO, Caetano. “Sentença inexistente e a súmula 160 do STF”. *Boletim do IBCrim*, São Paulo, ano 7, n. 79, jun./1999.

¹⁰⁵⁰ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 361-362.

¹⁰⁵¹ A rigor, fazendo-se uma análise rigorosa do instituto da inexistência jurídica, deveria ocorrer a situação vislumbrada por Rui Stoco: “estando ausente pressuposto de existência da instância, não nasce o processo propriamente dito, que possa conduzir a uma sentença de mérito válida. Caso seja proferida decisão sem esse pressuposto mínimo, será *ineficaz*, pouco importando que seja condenatória ou absolutória” (STOCO, Rui. “Introdução ao estudo das nulidades”, p. 1242). Também Vicente Greco Filho discorre que “se o processo for dado como inexistente, poderá ser desconsiderado a favor ou contra o acusado, podendo ser repetido também se houver sentença absolutória” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 298).

¹⁰⁵² Item 4.4.7.

Ademais, algumas vezes, verifica-se que a doutrina, ao elencar alguns casos em que o instituto da inexistência jurídica não poderia prejudicar o réu, acaba incorrendo em eventual contradição, já que as exceções pensadas para combater o rigorismo teórico da inexistência jurídica em prol do acusado são sustentadas para determinadas situações, mas não para outras, frise-se, muitíssimo similares. Senão vejamos:

Por exemplo, uma parte da doutrina defende, de forma muito justa e razoável, que mesmo quando houver uma hipótese de inexistência jurídica do processo, a coisa julgada formada *pro reo* não pode nunca ser desconstituída, devendo sempre prevalecer.

Segundo sustentam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”¹⁰⁵³. A esse respeito, também afirma Maria Thereza Rocha de Assis Moura que, “tendo presente este pano de fundo, o indivíduo que foi absolvido por juiz constitucionalmente incompetente não poderá ser processado pelo mesmo fato perante o juiz competente, apesar de, em tese, a sentença não ter aptidão para transitar em julgado. E isso porque a garantia do juiz competente existe em favor do acusado e não contra este”¹⁰⁵⁴. Enfim, “se houve absolvição e formação de coisa julgada, apesar de inexistente o processo, o princípio *ne bis in idem*, que no processo penal assume dimensão de proteção autônoma e especial, impede nova acusação e julgamento”¹⁰⁵⁵.

Contudo, em caso parecido, que, por essa mesma lógica, deveria ser solucionado em prol do *favor rei*, a doutrina vislumbra solução diferente. Assim faz a doutrina ao tratar, por exemplo, da hipótese de *reformatio in pejus* indireta, para a qual entende que “não há proibição para o agravamento quando o processo for anulado por incompetência absoluta do julgador e sobretudo nos casos de incompetência constitucional, que acarreta a inexistência jurídica da sentença, pois a decisão foi proferida por órgão desvestido do

¹⁰⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 44. No ponto, é louvável o intento dos autores de preservarem a coisa julgada a favor do acusado, já que “a garantia do juiz constitucionalmente competente é erigida em favor do ‘processado’ e do ‘sentenciado’” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 44). Por isso, Denilson Feitoza fala em coisa julgada, neste caso, como sanatória dos atos inexistentes” (FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1023).

¹⁰⁵⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Generalidades”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004, p. 895.

¹⁰⁵⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 51. Embora Roberto Delmanto Júnior concorde com a conclusão dos referidos Professores, critica o fundamento invocado. A respeito disso, consulte-se a obra do referido Autor: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 368).

poder de julgar”¹⁰⁵⁶. A doutrina reputa ser “certíssima essa posição, porquanto, se ao juiz faltar competência constitucionalmente fixada, o caso é de inexistência da relação processual e da sentença, por falta do juiz”¹⁰⁵⁷.

A rigor, a nosso ver, trata-se da mesma hipótese, ou seja, de uma idêntica situação jurídica (ora, nos dois casos houve “*transito em julgado*” para a acusação), para a qual, contudo, os estudiosos preveem soluções completamente diferentes. Portanto, também do ponto de vista pragmático, para evitar essas inconsistências, seria melhor que as hipóteses de inexistência passassem a ser lidas como nulidades¹⁰⁵⁸.

Como mostra Maria Lúcia Karam, “trabalhando com a nulidade do processo e não com sua inexistência, nenhuma dificuldade há no reconhecimento de efeitos, que, diante da tutela da liberdade, necessariamente devem ser produzidos por atos realizados pelo órgão jurisdicional cuja incompetência decorre da inobservância de regras constitucionais, tampouco havendo dificuldade para compreender a própria convalidação daqueles atos trazida pela coisa julgada, quando favorável ao réu o pronunciamento jurisdicional”¹⁰⁵⁹.

Assim, não haveria o inconveniente de, com a teoria da inexistência jurídica, se conseguir, ainda que por vias oblíquas, se teorizar uma possível **revisão criminal contra o acusado**, observando-se que apenas uma parcela da doutrina excepciona o rigor da teoria da inexistência jurídica, que, para outros, poderia ser utilizada para desconstituir a coisa julgada formada *pro reo*. Ainda assim, como visto aqui, é possível interpretações desiguais da incidência dessa exceção (para cuidar do rigorismo dos efeitos da inexistência jurídica) em casos, praticamente, iguais, o que poderia fundamentar tratamentos jurídicos diversos para as mesmas situações (ou em muito semelhantes).

3.5.3.3.3. Da desnecessidade prática em se trabalhar com a inexistência jurídica no direito processual penal.

¹⁰⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 42.

¹⁰⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*, p. 42.

¹⁰⁵⁸ Nesse sentido: MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. “Consequências do desatendimento das normas constitucionais de competência em matéria penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56, set.-out./2005, p. 216.

¹⁰⁵⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*, p. 77-78. Cabe só deixar claro que a referida Autora discorre ser preferível trabalhar com a nulidade nesse exemplo (de competência constitucional). Não temos como afirmar (ou não temos ciência) que a Autora seja contra ou a favor a teorização (em geral) do instituto da inexistência jurídica no processo penal.

A nosso ver, fossem todas as hipóteses de inexistência jurídica tratadas como casos de nulidades, não haveria a possibilidade de ocorrer diferenças de tratamento nas situações descritas; ou seja, o acusado, em nenhum dos casos poderia vir a ser prejudicado, já que, na primeira hipótese, a nulidade não poderia jamais rescindir a coisa julgada formada *pro reo*, e, no segundo caso, o ato nulo, conforme exemplo que já se tornou clássico entre os doutrinadores (*ne reformatio in pejus indireta*), precisamente porque a decisão é favorável ao acusado, pode surtir efeitos, nem que seja para limitar os termos de uma eventual e nova imputação decisão¹⁰⁶⁰. Em sistemas como o de Portugal, a noção de inexistência talvez ganhe uma conotação especial, pois os atos sujeitos à nulidade só podem ser reconhecidos ineficazes até o trânsito em julgado da sentença. Como bem expõe João Conde Correia, “com a formação de caso julgado, mesmo as nulidades argüíveis em qualquer estado do procedimento, incluindo os vícios da própria sentença, tornam-se insindicáveis”¹⁰⁶¹. Ou seja, o sistema penal português, se comparado ao brasileiro, implica uma relativização das nulidades muito maior (em termos de preclusão da alegação da nulidade. Por isso, como expõe e defende o Autor lusitano, para casos excepcionais, isto é, “de gravidade superior àqueles que estão previstos como causa de nulidade”¹⁰⁶², haveria terreno fértil para o funcionamento e a conservação do instituto da inexistência jurídica¹⁰⁶³.

Contudo, em nosso ordenamento jurídico, mormente no sistema penal, em que as invalidades, em geral, já implicam a desconstituição da coisa julgada (frise-se: quando essa desconstituição for favor ao acusado), não haveria razões para conservar a teorização do instituto da inexistência jurídica, já que tanto a nulidade quanto a inexistência jurídica acarretam a desconstituição da coisa julgada formada. Talvez, a nosso ver, a única hipótese, em processo penal, na qual a teoria da inexistência jurídica poderia ter uma aplicação prática mais profícua seria na hipótese em que a acusação não é intimada da sentença absolutória, mas, mesmo assim, por algum equívoco na certificação do trânsito em julgado, a decisão vem a transitar em julgado. Tratando-se de acusação pública, do Ministério Público, resta consignar ser quase impossível essa hipótese ocorrer, pois os

¹⁰⁶⁰ Conforme visto no item 3.4.7.1.1.1.

¹⁰⁶¹ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 116.

¹⁰⁶² CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 118. O autor deixa claro que se o vício estiver previsto como causa de nulidade, não há como, depois, pretender tratá-lo com inexistência, mesmo que a solução não seja a mais justa, sob pena de se violar a legalidade. (CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 118-119, nota de rodapé n. 251).

¹⁰⁶³ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 118. E conclui, defendendo a conservação da inexistência, que “é inquestionável que a figura da inexistência jurídica tem autonomia dogmática bastante e razoável capacidade prática, para podermos sustentar a sua conservação” (CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 121)

autos deverão ser remetidos ao Ministério Público e caberá à instituição se organizar para que o feito chegue às mãos do promotor/procurador do caso. Contudo, em se tratando de um acusador privado (ação penal privada), é possível que haja intimação equivocada na pessoa de outro advogado, ou mesmo do advogado falecido.

Nesses casos, poderia ser útil a teorização da inexistência jurídica, que poderia desconstituir a coisa julgada formada. Contudo, caberia indagar se, politicamente, seria justo que o acusado, que teve proferida a seu favor uma sentença de mérito, pagasse pelos equívocos da justiça, pelo equívoco na certidão do trânsito em julgado. No ponto, se a justiça comete erros desse jaez, não seria correto debitá-los nas costas do réu, sobretudo quando a própria justiça certifica a extinção do feito, em decisão que resguarda o direito à liberdade. Por isso, é conveniente que a hipótese seja lida como nulidade, cujo vício seria sanável apenas em caso de condenação (para beneficiar o acusado), mas nunca em caso de absolvição (ou sentença de extinção da punibilidade)

A inexistência jurídica é um instituto tão controverso, sendo questionada em seu próprio berço de nascimento, dentro do direito civil, como visto (item 2.3.4.2).

Até mesmo entre os processualistas civis a teoria da inexistência tem sido em muito questionada (frise-se, seara em que, em tese, a teoria da inexistência poderia ter uma maior aplicabilidade, para desconstituir a coisa julgada, por conta do prazo da rescisória).

“O problema da teoria da inexistência do ato processual, entretanto, não é apenas semântico: é substancial. Na realidade, até hoje a doutrina não consegue precisar os contornos entre o que no ato é essencial e o que não é. No suporte normativo previsto para a prática do ato, não é possível distinguir-se quais os elementos que, ausentes, ocasionam a inexistência do ato ou apenas sua invalidade. Tem-se, aqui, o problema do subjetivismo, que facilmente pode se transformar em arbítrio na aplicação da teoria da inexistência”¹⁰⁶⁴;

“Todas as idéias desenvolvidas neste capítulo acabam suscitando dúvida sobre a relevância atribuída à diferença entre *inexistência jurídica* e *nulidade absoluta*, ao menos em sede processual. O caráter instrumental do ato processual e de sua forma faz com que à inexistência sejam aplicados os mesmos princípios previstos no sistema para as nulidades absolutas. Em relação à sentença, todavia, tal conclusão não se sustenta. Nesta modalidade de ato processual a distinção entre as duas categorias tem importância, pois se inexistente a sentença o vício sobrevive à coisa julgada e ao término do prazo para rescisória – o que não se dá com a nulidade”¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ BAGGIO, Lucas Pereira & TESHEINER, JOSÉ Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro*, p. 32.

¹⁰⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 497-498. Cabe destacar que a tônica dada por José Roberto dos Santos Bedaque, para sustentar e defender a flexibilização da teoria da inexistência jurídica, reside no inconveniente trazido quanto à relativização da coisa julgada. Assim, diferentemente da doutrina penal, a ótica do Autor é outra, já que a inexistência jurídica faria às vezes de uma nulidade não só absoluta, mas perpétua. No ponto, sem descuidar de um sistema eficiente, que pressupõe a proteção dos direitos e garantias fundamentais, conferimos razão ao Autor citado, já que seria possível teorizar um sistema racional de nulidades (em termos de preclusão, prevista objetivamente, de modo certo e

No processo penal, de modo contundente, Ricardo Jacobsen Gloeckner também se manifesta contrariamente à manutenção da inexistência jurídica:

“... a inexistência, assim como a anulabilidade é uma categoria frustrada e improdutiva para o processo penal. (...) É importante salientar que o conceito de inexistência deriva do sistema processual francês. Isso devido à abolição, pelo Código de Processo Penal de 1808, das conhecidas nulidades absolutas. Como acentua Conde Correia ‘a figura da inexistência dos actos jurídicos é uma criação da doutrina e da doutrina civilista francesa, elaborada no decurso do século XIX’. A inexistência constitui-se, pela práxis e doutrina – e não pela via legislativa – como a possibilidade de retorno das nulidades absolutas por outros meios. Mascarando as nulidades absolutas com a terminologia inexistência, permitiu-se que as violações de maior gravidade às formas processuais pudessem novamente ser tratadas de forma parecida (mais rigorosa). A exemplo do ocorrido na França, na Itália fenómeno semelhante se verificou. Com efeito, acentua Conde Correia que ‘o Cod. Proc. Pen. de 1930, ao estabelecer que *tutte le nullità possono essere sanate nei modi stabiliti dalla legge*’, criou condições para a sobreposição de ambos os conceitos. O florescimento da inexistência teve então lugar, principalmente, à custa das antigas nulidades absolutas’. Em dois momentos históricos – e percebe-se como os Estados autoritários são avessos às formas estritas – as nulidades absolutas foram extintas pelo legislador. Como forma de restaurar veladamente a estrutura da nulidade absoluta, a inexistência configurou-se como a categoria jurídica que fez as vezes da nulidade absoluta. Entretanto, atualmente, os países ocidentais mantêm em sua estrutura processual as nulidades absolutas. Despiciendo, nessa via, a manutenção da inexistência, cujo desenvolvimento foi importante no sentido de preservar aquelas formas indispensáveis e que, no entanto haviam sido expungidas pelo legislador, geralmente subserviente a um regime antidemocrático”¹⁰⁶⁶.

Não pretendemos opinar sobre o assunto em outras disciplinas, não obstante seja incontroverso que a sua teorização tire o sono, aflija e chega mesmo a infernizar a vida dos doutrinadores e estudiosos das demais disciplinas¹⁰⁶⁷.

No que tange à seara penal, com a devida vênia aos entendimentos contrários, não vemos razão para a sua manutenção no processo penal.

O instituto jurídico da inexistência jurídica nasceu por razões de ordem prática; há de morrer pelas mesmas razões. Caberá à doutrina, bem como à jurisprudência dizer se ele será, ou não, sepultado, definitivamente, de nosso sistema jurídico¹⁰⁶⁸.

taxativo), no processo penal, que não propiciasse discussões de nulidades *ad eternum*, o que pode mesmo dar azo para estratégias perniciosas das partes, anulando-se todo um feito depois de passados muitos anos.

¹⁰⁶⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 331-332

¹⁰⁶⁷ No direito administrativo, só para ficarmos em um caso, no que tange à discussão da responsabilidade do Estado, a teoria da inexistência poderia suscitar questionamentos sem sentido: poder-se-ia colocar a discussão se um ato administrativo juridicamente inexistente poderia ensejar alguma responsabilidade do Estado. A esse respeito, afirma Eduardo Lobo Botelho Gualazzi que “à primeira vista, poderia soar estranha a tentativa de imputar à Administração responsabilidade, mesmo eventual, por ato administrativo inexistente” (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*, p. 141), entendendo o autor que, no caso, pode, dependendo do caso, haver responsabilidade do Estado (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*, p. 144).

3.6. Do (s) princípio (s) aplicável (is) à matéria de nulidades processuais.

Vistos, em linhas gerais, os contornos para uma conceituação das nulidades no processo penal, é importante abordar acerca dos princípios que governam a matéria.

Para tratar a respeito desse assunto, em especial, mostra-se necessário, antes, fazer uma breve incursão a respeito da teoria dos princípios no direito, mais especificamente, dos princípios de uma determinada matéria jurídica (no caso, do direito processual penal) e, em particular, de um determinado assunto (tema deste trabalho: nulidades processuais).

É importante tratar a respeito, pois, não raro, são elencados princípios à matéria das nulidades, que, na verdade, não deveriam ser tratados como princípios, já que são decorrência do único princípio que, de fato, governa a matéria, qual seja, o princípio da instrumentalidade das formas; este, aliás, decorre de outro princípio, que é fundamento de todo e qualquer processo, como analisado no capítulo primeiro¹⁰⁶⁹: a busca da verdade e, conseqüentemente, da decisão mais justa possível.

Toda ciência pode e deve ser estudada por meio de princípios.

Os princípios são os fundamentos nucleares mais básicos que ordenam e explicam o funcionamento de uma determinada ciência. O princípio pode ser interpretado como lei, norma ou regra, que leva a determinado resultado. Por exemplo, na física há diversas leis ou princípios importantes, basilares à compreensão dessa ciência: a lei da gravidade (tudo que sobe, uma hora a de descer), a lei da inércia, da ação e reação, etc. O mesmo ocorre em outras ciências, como na química, na matemática, na medicina, etc. E o direito, sendo também uma ciência, é ordenado por seus princípios reitores¹⁰⁷⁰.

“Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros dizemos que atingimos *princípios*. *Princípios* são, pois,

¹⁰⁶⁸ Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, pode-se notar que, em geral, também o instituto da inexistência jurídica suscita questionamentos, sendo desprestigiado. Segundo afirma Silvia Pereira Puigvert, na Espanha: “No es cuestión primordial, en el presente trabajo, estudiar al detalle esta figura procesal, puesto que las leyes no la contemplan y es opinión mayoritaria la no diferenciación entre nulidad absoluta e inexistencia (un acto nulo y un acto inexistente son sinónimos)” (PUIGVERT, Silvia Pereira. *La ineficacia de los actos procesales: sistematización y clarificación de conceptos*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 95). Na Argentina, parte da doutrina é bem cética com relação à necessidade de teorização quanto o instituto da inexistência jurídica: DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*, p. 24.

¹⁰⁶⁹ Item 1.5.2.

¹⁰⁷⁰ Por isso, nesta oportunidade, ao tratarmos de princípio, falamos dos princípios da ciência do direito, mais particularmente, da ciência processual, e, em especial, da matéria das nulidades. Portanto, princípio aqui, evidentemente, é sinônimo de regra da ciência do direito. Não se está, portanto, fazendo análise do princípio como um tipo de norma jurídica (a exemplo da conhecida divisão entre norma-princípio ou norma regra). Quando se fala, neste tópico, em princípio (por exemplo, princípio da legalidade), usa-se o termo princípio, obviamente, em sentido científico, como uma “regra da ciência do direito”, e não como um tipo de norma jurídica (norma de tipo princípio ou regra).

verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentes da valdez de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários¹⁰⁷¹.

A função científica dos princípios é propiciar e facilitar o conhecimento.

Evidentemente, conforme o grau de especificação de cada ciência, acaba havendo, paralelamente, uma especialização e ramificação dos princípios. Assim ocorre na área jurídica, com o direito público e privado, e, dentro deles, com as matérias de direito público (por exemplo: processo penal, direito penal, administrativo, tributário, etc.) e com as matérias de direito privado (a maior parte do direito civil e o direito comercial).

O que tem se verificado é uma hipertrofia na catalogação dos princípios.

Em muitas matérias, alguns pontos que não constituem princípios nucleares e reitores acabam sendo alçados a essa condição, o que acaba banalizando ou enfraquecendo a importância do princípio. Por outro lado, apesar de ser mais prudente a eleição de poucos princípios, isso também pode ser discutível, pois, ao se eleger um único princípio, para uma vasta disciplina jurídica, isso pode dificultar a compreensão e atrapalhar uma melhor sistematização da disciplina, sendo esta o objetivo maior na eleição de princípios científicos. Pode-se dizer que, na matéria das nulidades, somos comedidos na eleição de princípios, pois entendemos que o único princípio reitor nessa matéria é o princípio da instrumentalidade das formas, sendo todos os demais sucedâneos.

3.6.1. O princípio da instrumentalidade das formas: a sua importância para a tutela de todos os envolvidos e interessados.

O princípio que orienta, de fato, todas as hipóteses de nulidades processuais é o da instrumentalidade das formas processuais. É dele que emanam todos os norteamentos que regulam a matéria em apreço, os quais, segundo pensamos, não são autênticos princípios (como coloca toda a doutrina, em matéria de nulidades), mas sim meros prolongamentos, ramificações, ou melhor, sucedâneos da instrumentalidade das formas: assim poderíamos vislumbrar o prejuízo, o seu principal efeito, bem como o (i) saneamento, ou convalidação dos vícios, (ii) da causalidade das nulidades processuais, (iii) do interesse. Aliás, dada a sua importância, frise-se, não só ao processo, mas a todo o direito, a instrumentalidade não irradia seus efeitos apenas às nulidades, mas também no âmbito das demais invalidades,

¹⁰⁷¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

podendo-se citar a fungibilidade dos meios¹⁰⁷²/recursos, a causalidade nas invalidades, as “exceções” à prova ilícita, etc. Como observa Eduardo Scarparo, o mesmo vale para as demais exigências não diretamente ligadas à forma, sendo que, por isso, sugere o Autor que a instrumentalidade das formas passasse a ser denominada por “instrumentalidade dos tipos” ou “dos meios”, “a fim de evitar a restrita compreensão de que ele serviria apenas para remediar vícios de forma, em sentido estrito, e não outras exigências normativas”¹⁰⁷³.

Neste trabalho, a fim de evitar confusões, será mantida a menção, de todo modo, à “instrumentalidade das formas”.

A instrumentalidade é um princípio que influencia e orienta tanto o legislador na sua tarefa de fazer leis quanto o juiz na sua função de bem aplicá-las.

Ao legislador, sobretudo na seara processual, cumpre fazer leis que resguardem os direitos e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, permitam uma sempre melhor, mais eficaz e efetiva realização do direito, com menor dispêndio de tempo e recursos e maior obtenção de resultados (lei do mínimo esforço aliada à ao maior proveito de resultados).

O legislador, sobretudo em seara penal, deve estatuir formas jurídico-processuais idôneas, que permitam o bom andamento do processo, em tempo razoável, tornando-o eficiente. Essa eficiência do processo, obviamente, se mede pela necessária e imprescindível junção entre garantismo e efetividade. Tanto será ineficiente um processo que (a) permita punição a todo o custo (à custa de inocentes) quanto o processo que, por meio de uma previsão desarrazoada das formas jurídicas, (b) impeça - de modo excessivo, ilegítimo e arbitrário - a devida concretização do dever-poder punitivo (quando cabível e necessária).

“É muito grande a quantidade de processos extintos por problemas puramente formais, sem alcançar o resultado originalmente pretendido. Gasta-se dinheiro, perde-se tempo, frustram-se esperanças, tudo por falta de visão adequada sobre o verdadeiro papel da técnica no funcionamento do instrumento. Também o excessivo apego à forma do ato processual e o esquecimento dos fins que a determinaram contribuem para a demora do processo, pois nulidades são decretadas sem necessidade, apenas e tão-somente pela não-observância de alguma exigência formal, ainda que nenhum prejuízo resulte da atipicidade. Por isso, apresenta-se, aqui, mais uma alternativa, com intuito de abrandar a morosidade do processo. Ao lado das técnicas sugeridas pela doutrina e adotadas pelo legislador, é preciso que o

¹⁰⁷² No processo civil, tem sido muito profícua a teorização da fungibilidade de meios nas tutelas de urgência, sobretudo naqueles casos em que está em jogo a própria vida do jurisdicionado. Imagine-se o caso contendo o pedido de acesso a um medicamento importante ou o acesso ao tratamento contra um câncer. Seria uma temeridade o juiz não conhecer da ação ou pedido, truncando o andamento do processo, por conta de um vício formal. Assim, “se alguém necessita de tutela de urgência, com conteúdo antecipatório, e a postula pela técnica reservada às medidas conservativas, denominadas ‘cautelares’, fornecendo todos os elementos de que necessita a parte contrária para impugnar o pedido, por que indeferi-lo apenas em razão da não-observância da forma?” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 99). Afinal, de que adiantaria aguardar o manejo da ação adequada se o bem da vida requerido, por conta da longa espera, poderia vir, literalmente, a *perecer*?

¹⁰⁷³ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 131.

intérprete confira às regras processuais – especialmente aquelas concernentes à forma dos atos e aos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito – significado compatível com a finalidade que as fundamenta e com a natureza instrumental do processo. Não se trata simplesmente de abrandar as exigências formais – embora esta também seja uma das opções possíveis. Pretende-se apenas interpretar o sistema vigente segundo visão instrumentalista, buscando revelar o verdadeiro sentido da forma e da técnica processual. Para tanto, muito mais que alterar leis, é preciso mudar mentalidades”¹⁰⁷⁴.

Ainda que o legislador fracasse nesse intento e institua formas desnecessárias e inúteis¹⁰⁷⁵, ou mesmo, em alguns casos, arbitrárias (que, às vezes, acabam dificultando em vez de facilitar o exercício dos direitos), o princípio da instrumentalidade das formas ganha especial importância junto à atividade exercida pelo juiz. A visão instrumentalista ganha vida e outros coloridos quando está aliada a uma interpretação judicial voltada a uma melhor aplicação da lei. Não basta uma boa lei (embora seja importante), sendo necessário um bom aplicador que bem a interprete. Não se quer dizer com isso que o juiz possa desconsiderar as formas jurídicas, relativizando os direitos e garantias. Como foi visto no primeiro capítulo¹⁰⁷⁶, um processo justo, que implique uma decisão correta e legítima, só pode ser obtido por meios justos. Contudo, quando for possível verificar *ex ante* que algumas formalidades não tutelam qualquer direito ou garantia - ou, ainda que o façam - se possa concluir, *ex post*, em uma análise posterior, que, em determinado caso, a violação da forma não acarretou qualquer prejuízo, não há sentido em anular o ato ou o processo¹⁰⁷⁷.

É fato que a instrumentalidade das formas tem sido usada para justificar uma ampla “relativização” das formas jurídicas, dificultando, arbitrariamente, o reconhecimento da nulidade, o que cumpre ser analisado, quando da análise jurisprudencial, no capítulo 5,

¹⁰⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 89-90. No processo penal brasileiro, já atestava o exposto, há algumas décadas, Nilzardo Carneiro Leão: “... temos visto ações chegarem à última fase do procedimento, e, então, ser declarada a nulidade pelo julgador, com sensíveis prejuízos à Justiça. Onde, assim, o princípio de economia processual?” (LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Do despacho saneador no processo penal brasileiro*, p. 38).

¹⁰⁷⁵ Como já visto, “há formas inócuas, desnecessárias, sem razão de ser. Muitas se devem ao peso da tradição. Outras não têm qualquer explicação. Em todas há algo em comum: são absolutamente prescindíveis, pois em nada contribuem para o bom desenvolvimento do processo ou para preservar alguns princípios fundamentais, como contraditório e ampla defesa” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 122).

¹⁰⁷⁶ Item 1.3.4.

¹⁰⁷⁷ Como exemplificam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, em caso de possível violação do direito ao silêncio (ausência de advertência ao réu deste direito): “é possível que, apesar da inexistência de informação sobre o direito de calar, o indiciado ou réu não tenha respondido às perguntas, ou que, mesmo respondendo, tenha negado os fatos imputados. Neste caso, em que não emergiram dos interrogatórios elementos contra o réu, não há por que declarar a nulidade, uma vez que a autodefesa não ficou prejudicada, nem a defesa afetada” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 78). O mesmo exemplo é mencionado por: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis & ZANOIDE DE MORAES, Maurício. “Direito ao silêncio no interrogatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, abr.-jun./1994, p. 144.

sendo, *em parte*, justificáveis as reservas que nutre a doutrina processual penal em relação a uma acrítica e indiscriminada aplicação da instrumentalidade em seara penal.

“... o princípio da instrumentalidade das formas desempenha consorciado com os seus desdobramentos, um papel de gerir a tolerância das ilegalidades no sistema processual penal contemporâneo. (...) o princípio da instrumentalidade das formas vai de encontro à instrumentalidade constitucional do processual. (...) Mas não é só. O princípio *ne pās de nullitè sans grief* vem fortemente associado ao método inquisitorial, segundo o qual a verdade substancial deve ser recolhida independentemente do meio”¹⁰⁷⁸; “Como anteriormente apontado, o princípio da instrumentalidade das formas flerta com modelos totalitários de processo penal. Não é à toa que Manzini preferira o sistema de nulidades relativas”¹⁰⁷⁹.

Seja como for, deve-se tomar cuidado com quaisquer radicalismos.

Não é correto afirmar que a teoria da instrumentalidade vai contra a Constituição (ou mesmo que impeça a realização de seus objetivos). **A instrumentalidade das formas, é bom destacar, pressupõe a instrumentalidade constitucional:** a forma só é relativizada quando não houver violação dos direitos e garantias fundamentais, o que é imperioso para a proteção de direitos, sendo a situação inversa (anulação desnecessária de atos), de fato, a violadora de direitos e de todas as instrumentalidades (sobretudo a constitucional), já que uma anulação sem sentido pode significar um obstáculo significativo ao acesso à justiça.

Não é também certo afirmar que a teoria da instrumentalidade flerte com modelos autoritários de processo. Se mal aplicada (o que depende de seus intérpretes e aplicadores, pois, feliz ou infelizmente, ainda não inventaram robôs para cumprir esse papel), ela *pode flertar*¹⁰⁸⁰, mas isso não é característica só desta categoria jurídica, ou algo que lhe seja ínsito ou imanente, valendo para qualquer instituto, sobretudo no direito processual penal, que ostenta sempre uma forte conotação política e ideológica. Sempre é atual e pertinente a lição de Ricardo Antunes Andreucci, ao ensinar que até mesmo as máximas do postulado da legalidade (*nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*), “sem o concurso de bons juízes, não representam garantia alguma, porque estes deturparão os fatos, encaixando-os, ainda que a martelo, em um dos dispositivos da lei”¹⁰⁸¹.

Não é correto, igualmente, pretender inferir que a teoria da instrumentalidade deveria ser rechaçada só porque Vincenzo Manzini a seguira no passado, na Itália fascista.

¹⁰⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 244.

¹⁰⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 252.

¹⁰⁸⁰ Por isso, têm razão, em certo sentido, Antonio Tovo Loureiro e Salo de Carvalho: “a exigência de prejuízo concreto do descumprimento formal é coerente com a teoria funcional-garantista das formas processuais, porquanto consiste em idéia que transcende ao precitado binômio *forma-violação*, buscando a consequência concreta do ato viciado. Não obstante, a maneira como vem sendo exigida a demonstração de prejuízo na praxe judiciária brasileira indica que este critério está a serviço da cultura formalista-dogmática de inspiração inquisitória” (CARVALHO, Salo de & LOUREIRO, Antonio Tovo. “Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista”, p. 530).

¹⁰⁸¹ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 78-79.

No ponto, se fossemos julgar uma teoria pelo(s) seu(s) adepto(s), deveríamos nos ajoelhar diante da teoria da instrumentalidade, já que é a adotada por Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁸², um dos maiores processualistas – senão o maior – de nosso tempo e país. Obviamente, as coisas não funcionam assim, já que há uma série de pontos problemáticos na teorização de Cândido Rangel Dinamarco, que, apesar de se mostrarem adequados para o direito processual civil, não podem ser aplicados à seara penal, não de modo automático, sem uma maior reflexão: a começar quando o Autor frisa que o processo poderia ser visto como forma de educação e conscientização de direitos¹⁰⁸³, o que, se aplicado ao direito penal, pode ser perigoso, pois ele é sofrimento e ninguém é educado por meio dele¹⁰⁸⁴.

Em que pese o exposto, seria equivocado querer apartar a análise instrumentalista das formas e do processo, a qual também se mostra imprescindível para a tutela de direitos.

Aliás, muitas vezes, **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.

No ponto, constitui erro pensar que a teoria da instrumentalidade seja totalitária, cujo objetivo seria apenas o de prejudicar o acusado, de forma a impedir que exerça seus direitos e garantias fundamentais. Muitas vezes, ocorre, justamente, o contrário.

Ora, hoje em dia, quem atua na esfera criminal, sabe como o discurso formalista pode ser pernicioso e violador dos mais diversos direitos e garantias fundamentais.

Abaixo seguem, a título meramente exemplificativo, algumas possibilidades que ocorrem, em larga escala, no dia a dia forense, e que servem para deixar evidente como pode ser capcioso o discurso formalista, caso se tenha em vista: **(1)** a frequência com que centenas de *habeas corpus* são extintos pelos Tribunais, devido ao discurso formalista de que o *habeas* não seria sucedâneo de recurso (tanto de recurso ordinário em *habeas corpus*¹⁰⁸⁵ quanto de agravo em execução); **(2)** o discurso hoje imperante que afirma que o

¹⁰⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁰⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 191.

¹⁰⁸⁴ “... dificilmente se compreende uma educação para uma vida legal, na liberdade de um Estado de Direito, através da supressão de todas as liberdades” (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 21-22).

¹⁰⁸⁵ Por todos, a título ilustrativo: STF, HC 111.920/MG, Ministro Relator Dias Toffoli, 1.ª T., j. 04.09.2012, v.u. Criticando esse entendimento firmado pelo Supremo, por reputar um amesquinamento da garantia do *habeas corpus*: BASTOS, Márcio Thomaz. “Supremo Tribunal Federal - Direito Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Abolição de garantia constitucional. Interpretação *in malam partem*” (comentário de jurisprudência). *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 20, n. 240, Nov./2012; BOTTINO, Thiago. “*Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores – panaceia universal ou remédio constitucional?”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 246, maio/2013; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. “HC, RHC e o retrocesso no processo penal brasileiro”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 20, n. 241, dez./2012; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. “Tribunais Superiores cometem um atentado à democracia”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 243, fev./2013; FONSECA, Tiago Abud da &

habeas corpus não poderia ser usado como sucedâneo de revisão criminal (não caberia quando houvesse trânsito em julgado)¹⁰⁸⁶; (3) com que habitualidade não se conhecem de tantos *habeas corpus*, até mesmo em casos de decretação de prisão, apontando-se que não caberia *writ* impetrado contra indeferimento de liminar no Tribunal inferior (súmula 691, STF¹⁰⁸⁷)¹⁰⁸⁸; (4) com que facilidade os *habeas corpus* são denegados, pelo discurso igualmente formalista e simplista de que a “*via estreita*” do *habeas corpus* não se presta à análise e à discussão de provas¹⁰⁸⁹; (5) como se usam argumentos formais para não se reconhecer, por exemplo, a ilegalidade de uma prisão, apontando-se, para tanto, que o título de segregação mudou (com a superveniência de uma decisão de pronúncia ou sentença), tendo o *habeas corpus*, *supostamente*, *perdido o seu objeto*¹⁰⁹⁰; (6) como se mostra formalista o entendimento de que não se poderia desclassificar a tipificação jurídica do fato já no momento da admissibilidade da acusação, sob o singelo argumento de que esse não seria o momento adequado; (7) como se mostra sem razão a interpretação mais formalista que reputa intempestivo o recurso apresentado antes da abertura do prazo ou mesmo antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, conforme veio a reconhecer, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em prol do “instrumentalismo processual”¹⁰⁹¹; (8) as inúmeras outras formalidades que havia ao se proceder aos juízos de admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário¹⁰⁹², que, com o passar do tempo, e

MENDONÇA, Henrique Guelber da. “O Supremo Tribunal Federal, a restrição do *habeas corpus* e o marido traído”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 244, mar./2013

¹⁰⁸⁶ No Supremo Tribunal Federal, consultem-se: STF, RHC 116.204/SP, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 2.ª T., j. 16.04.2013, v.u; STF, HC 115.609/DF, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 12.03.2013, v.u; STF, HC 110.250/MS, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.ª T., j. 26.06.2012, v.u; STF, HC 111.094/SC, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 26.06.2012, v.u; STF, RHC 111.547/DF, Ministro Relator Dias Toffoli, 1.ª T., j. 08.05.2012, v.u; STF, HC 102.473/RJ, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.ª T., j. 12.04.2011, v.u; STF, RHC 106.397/MS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j. 15.02.2011, v.u; STF, HC 98.412/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 31.08.2010, v.u.

¹⁰⁸⁷ Súmula n. 691, do Supremo Tribunal Federal: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a Tribunal inferior, indefere a liminar”.

¹⁰⁸⁸ No Supremo Tribunal Federal: STF, HC 114.043/RS, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 21.05.2013, v.u; Emb. Dec. no HC 112.952, Ministra Relatora Rosa Weber, 1.ª T., j. 09.04.2013; STF, HC 113.596/SP, Ministro Relator Dias Toffoli, 1.ª T., j. 02.04.2013; STF, Ag.Rg. no HC 115.921/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., J. 19.02.2013, v.u; STF, Ag.Rg. no HC 110.738, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 29.05.2012; STF, HC 113.214/SP, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.ª T., j. 22.05.2012, v.u; STF, Ag.Reg. no HC 112.963/RJ, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 15.05.2012, v.u; STF, HC 112.645/TO, Ministro Relator Ayres Britto, 2.ª T., j. 20.03.2012, v.u.

¹⁰⁸⁹ No Supremo Tribunal Federal: STF, HC 93.164/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 14.09.2010, v.u.

¹⁰⁹⁰ No Supremo Tribunal Federal: STF, Ag.Rg. no HC 115.965/SP, Ministra Relatora Rosa Weber, 1.ª T., j. 07.05.2013;

¹⁰⁹¹ STF, Emb. Dec. no HC 101.132/MA, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 24.04.2012, v.u.

¹⁰⁹² “Talvez em razão do número excessivo e do abuso, vem a jurisprudência criando óbices ao conhecimento dos recursos. Com isso, todavia, acaba criando insegurança, especialmente se os empecilhos não encontram amparo nos princípios gerais. Não se corrigem os equívocos do sistema e o comportamento inadequado da

a influência da instrumentalidade do processo, vieram a ser abrandadas, em parte; **(9)** como até mesmo vícios formais de responsabilidade única e exclusiva do Estado (problemas meramente burocráticos, de certificação e um protocolo) são utilizados para se negar ao cidadão jurisdicionado o amplo acesso à Justiça¹⁰⁹³; **(10)** como há reticência em conhecer ordens de *habeas corpus* de ofício, por questões meramente processuais, sendo o exposto, como bem intitula Aduino Suannes, mais “**um exemplo típico de formalismo judicial**”¹⁰⁹⁴.

Poderiam ser citados outros tantos e tantos exemplos, em que a forma e o apego ao discurso formalista podem causar um grande entrave ao legítimo exercício dos direitos e garantias fundamentais, desde o exercício do direito de ação ao direito de defesa.

Um dos problemas do formalismo no processo penal, sobretudo quando aplicado para dificultar o uso das garantias fundamentais do cidadão, é que **o mesmo argumento formal é utilizado em alguns casos para barrar/dificultar o acesso à Justiça, mas não é utilizável em outros**, o que dá ensejo a questionamentos das mais variadas espécies e ordens: afinal, por qual razão, em muitos casos, por meio desse discurso formalista, não se conhecem tantos e tantos *habeas corpus* e, em alguns poucos casos, aparentemente iguais, não só o meio é considerado idôneo, como também as ordens acabam sendo concedidas?

Tudo isso causa perplexidade e, por parte dos mais desprivilegiados, indignação.

Quem o afirma é Marian Quezado Grosner, a qual, como descreve Ela Wiecko V. de Castilho, procedeu a um “levantamento substancial”¹⁰⁹⁵ de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, tendo Maria Quezado Grosner concluído:

“Ao final do trabalho, alguns questionamentos restaram sobre essa variação de julgamentos do STJ: por que alguns casos obtiveram decisões concessivas e outros, não? Por que alguns indivíduos conseguiram ser excluídos do sistema penal, enquanto outros permaneceram sujeitos ao fenômeno da criminalização? Com esses questionamentos, em que culminou a pesquisa, demonstrou-se que, se, por um lado, as premissas de impossibilidade de apreciação da ordem, para o trancamento do processo de criminalização secundária, foram ultrapassados

parte com a exacerbação do formalismo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 149).

¹⁰⁹³ “... Nada obstante o carimbo do protocolo da petição de recurso extraordinário esteja ilegível, a sua tempestividade pode ser aferida por outros elementos acostados aos autos. O defeito do protocolo ilegível, no caso, é imputável ao órgão que recebeu a petição e não carimbou adequadamente, não podendo a parte jurisdicionada sofrer o prejuízo por um defeito o qual não deu causa. O ônus processual no caso não pode ser atribuído à parte. 2. Agravo regimental a que se dá provimento” (STF, Ag. Rg. no RE 611.743/PR, Ministro Relator Luiz Fux, 1.ª T., j. 25.09.2012).

¹⁰⁹⁴ SUANNES, Aduino. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 283-313 (destacamos).

¹⁰⁹⁵ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Prefácio. In: GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008, p. 12. Ela também afirma: “portanto, os resultados que expõem devem merecer atenta avaliação, bem como sua conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça tem funcionado como instrumento de impunidade, a serviço de estruturas de poder e como reforçador de uma distribuição desigual do status de criminoso” (CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Prefácio. In: GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, p. 12)

para concedê-lo, por outro, viu-se o *habeas corpus* esvaziado em sua finalidade, de proteção da liberdade do indivíduo contra ilegalidade ou abuso de poder, nas tantas impetrações que restaram denegadas, com a simples afirmação ‘não cabe exame aprofundado de provas em sede de *habeas corpus*’ afirmação descomprometida com a aflição de um indivíduo que se torna objeto de ação punitiva estatal e sujeito à estigmatização que o *status* de criminoso que lhe acarretará. Com essas considerações, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça, em sua atuação seletiva, por um lado, não permite que o remédio constitucional cumpra sua função plena de protetor contra arbitrariedades na inserção de um indivíduo dentro do processo de criminalização secundária e, por outro, reforça a distribuição desigual do *status* de criminoso ao excluir apenas determinados indivíduos, devidamente selecionados, do sistema penal”¹⁰⁹⁶.

O que é muito criticável é que essas interpretações muito formalistas do direito, não raro, surgem de uma hora para outra, haja vista a necessidade de diminuir o serviço e o acúmulo de processos nos tribunais, sendo que o argumento técnico, muitas vezes, acaba sendo colocado de lado (um mero detalhe). Nesse sentido, é bem sintomático o discurso do Ministro Ricardo Lewandowski aconselhando os demais julgadores do Supremo Tribunal Federal que a Corte Consitucional deveria “ter uma jurisprudência defensiva no que tange aos HCs”¹⁰⁹⁷, não obstante, em alguns julgamentos da Corte, este mesmo Ministro se veja e se autointitule/elogie como um juiz muito garantista. Seja como for, o fato é que essa tal “jurisprudência defensiva” com relação ao *habeas corpus* acabou imperando, já que, em meados de 2012, repentinamente, o Supremo Tribunal Federal passou a não conhecer *writs* substitutivos de recursos de *habeas corpus*, criando uma situação interessante, pois, em muitos casos, alguns processos de *habeas corpus*, que estavam aguardando julgamento (há anos), foram, automaticamente, encerrados. É o cúmulo do formalismo.

Ter em vista todo o exposto é importante, pois se deve pensar duas vezes antes de praguejar contra o princípio da instrumentalidade das formas, instrumentalidade que serve tanto ao réu quanto ao autor, tanto ao acusado quanto à vítima, para proteção de direitos.

Lembrando que a vítima/ofendido/lesado tem interesse¹⁰⁹⁸ (e porque não dizer, tem o direito) na punição do crime sofrido: está na hora de repensar alguns radicalismos de

¹⁰⁹⁶ GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, p. 190-191.

¹⁰⁹⁷ STF, HC 108.261/RS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 30.08.2011. (p. 12, do acórdão).

¹⁰⁹⁸ Não pode ser negado, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, que “há *conflito* entre a vítima do delito (ou seus familiares) e o indigitado agente criminoso, no sentido de que aquele se considera em estado de insatisfação enquanto não sentir que sobre este se efetivaram as atividades repressivas consistentes na pena. É isso que justifica a substituição processual do Estado pelo ofendido (ação penal privada) e a intervenção deste como assistente do Ministério Público (sendo de repudiar, portanto, a tese segundo a qual a assistência em processo crime só se justificaria na medida do interesse à reparação civil” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 138, nota de rodapé n. 149). Neste ponto, também ensina Maurício Zanoide de Moraes que a vítima não defende apenas interesses civis, de caráter indenizatório, no processo penal, “mas também interesses penais consistentes na contribuição da busca da verdade real para a punição do infrator” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 335). Conclui o Autor: “sob essa angulação do problema, não há como se negar ao ofendido a possibilidade de recorrer para pleitear o agravamento da pena do condenado.

construções abstratas (com verniz de modernas) que veem na punição do infrator apenas a “reafirmação do ordenamento jurídico” ou o mero cumprimento do “escopo da lei”.

Tem razão Rudolf Von Ihering quando afirma, de forma poética e elucidativa, que a “luta pelo direito é um dever do interessado para consigo próprio”¹⁰⁹⁹ e que “dentro de seu direito defende cada interessado as condições morais da própria existência”¹¹⁰⁰.

“A dor é o grito de alarme e a chamada de socorro da natureza ameaçada. Isso é verdade tanto para o organismo moral como para o organismo físico. A patologia do sentimento jurídico é para o jurista e para o filósofo (ou, melhor, deveria ser, porque seria falso sustentar que assim seja) o que a patologia do organismo humano é para os médicos. Nela se encontra todo o segredo do direito. **A dor que o homem experimenta, quando é lesado em seu direito, contém o reconhecimento espontâneo, instintivo e violentamente arrancado do que é o seu direito, primeiro para ele, indivíduo, em seguida para a sociedade humana.** A verdadeira natureza e essência pura do direito revelam-se mais completamente nesse único momento que durante longos anos de pacífica fruição. **Aquele que por si só ou por outrem nunca experimentou essa dor não sabe o que é o direito, embora tenha de cabeça todo o *corpus juris*.** Porque não é a razão mas o sentimento que pode exclusivamente resolver essa questão; e assim a linguagem rotulou bem a primordial fonte psicológica do direito, chamando-a o sentimento jurídico. Consciência do direito, convicção jurídica são abstrações da ciência que o povo não compreende; **a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não pode substituir o sentimento quando este falta. Mas pela mesma forma por que muitas vezes o amor não se conhece, bastando um só momento para lhe dar plena consciência de si próprio, também o sentimento jurídico não sabe regularmente, *a priori*, o que é e o que contém, mas a lesão jurídica é a provocação que o obriga a falar, que faz brilhar a sua verdade e a sua força**”¹¹⁰¹.

Está na hora de colocar o ser humano no centro do sistema, o que vale tanto para o réu quanto para a vítima. Só assim se respeitará a dignidade da pessoa humana, em toda a sua integralidade. Para tanto, o processo tem que ter efetividade para todos os envolvidos: precisa, por um lado, preservar os direitos e, ao máximo possível, garantir a liberdade do acusado; por outro lado, também não pode fechar os olhos para os objetivos persecutórios penais, constitucionalmente tutelados, tanto que a própria Constituição prevê, se isso for necessário, a supressão da liberdade, a fim que o processo chegue a seu fim, seja qual for.

Seu recurso, por pretender a defesa de seus interesses penais, é útil e legítimo” (ZANOIDE DE MORAES. Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, p. 346).

¹⁰⁹⁹ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução: João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 39

¹¹⁰⁰ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p. 48.

¹¹⁰¹ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p. 55-56 (grifamos e destacamos). É óbvio que, aqui, não estamos querendo afirmar que o delito se paute apenas em sentimento (como havia nos Estados totalitários), pois é sempre necessária e absolutamente imprescindível uma lei penal taxativa (legalidade estrita), conforme expusemos no primeiro capítulo deste trabalho (item 1.5). Contudo, esse sentimento de dor, de humilhação que a ofensa em si representa, que bem explica o que sente a vítima, pode ser um importante indicativo (termômetro) – ainda mais em tempos de expansionismo penal alopado -, do que teria dignidade penal.

Por isso, acerta, neste ponto, Thiago André Pierobom de Ávila, quando afirma que “essa dupla instrumentalidade do processo penal torna-o um filtro do direito penal máximo (garantismo) e realizador do direito penal mínimo necessário (funcionalismo)”¹¹⁰².

Em outras palavras, pode-se afirmar, junto com Maurício Zanoide de Moraes, que o “processo ideal é o que combate o crime e resguarda o cidadão”¹¹⁰³.

O processo não foi pensado para ser um eterno faz de contas, uma promessa, tanto para um lado (acusado) quanto para outro (acusação).

Frisa-se aqui: não se quer uma *injustiça célere* (o que ocorre, às vezes, em sede de juizados especiais criminais, ou quando, sob a escusa da celeridade e da oralidade no processo, se atropelam muitas garantias¹¹⁰⁴), o que não significa que o processo tenha que demorar 10 (dez), 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos, ou até mais (isso, é claro, se não houver prescrição do *ius puniendi* nesse interminável intervalo de tempo).

O processo nasce para ter efetividade, em termos de realização do direito, seja com quem estiver com razão (da punição ou do resguardo do estado de inocência).

A garantia constitucional ao processo não pode ser analisada apenas pelo prisma meramente formal, mas também deve ser analisada pelo cunho substancial dessa garantia, isto é, o direito “a um processo justo, concebido como aquele apto a proporcionar ao titular do direito a tutela adequada”¹¹⁰⁵. Como muito bem afirma José Joaquim Calmon de Passos, “o que é editado para valer como direito deve ser institucionalizado de modo a possibilitar sua efetiva concretização na convivência social, sem o que se torna irrelevante ou disfuncional”¹¹⁰⁶. Completam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que “é o princípio da *efetividade do processo* – entendido como aptidão para a produção concreta dos resultados que dele se esperam -, constituindo a grande preocupação do processualista moderno, permite que a *técnica processual* seja flexibilizada de maneira a não colocar entraves inúteis ao atingimento da solução da controvérsia”¹¹⁰⁷. A formalidade do ato, caso violada, deve ceder espaço se for satisfeita a sua função teleológica, tolerando-se, em alguns casos que o *modus faciendi* seja relevado

¹¹⁰² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 120.

¹¹⁰³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. “Processo ideal é o que combate o crime e resguarda o cidadão”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 2, n. 12, jan./1994.

¹¹⁰⁴ Como também expõe José Roberto dos Santos Bedaque: “a propósito da verdadeira cruzada em prol da celeridade do processo – nova obsessão de alguns – é preciso ser cauteloso, pois há risco de que outro valor extremamente importante acabe relegado a segundo plano. Tão importante quanto acabar com a morosidade excessiva é preservar a *segurança* proporcionada pelo devido processo legal. Temos de – e esta é nossa principal missão – encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 48).

¹¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 232.

¹¹⁰⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*, p. 21-22.

¹¹⁰⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 30.

se atingida a sua *causa finalis*¹¹⁰⁸. A forma jurídica não é um fim em si mesmo¹¹⁰⁹, mas um instrumento idôneo e colocado em prol da realização da justiça.

Com isso não se quer dizer que haja uma prevalência das “questões de fundo” sobre a forma, já que a forma, em si mesma, já corporifica um importante valor: de todo modo, deve-se “compreender o tipo e o fundo em conjunto, seja porque aquele suporta este, seja porque este dá sentido àquele”¹¹¹⁰

A instrumentalidade das formas não pode ser negada ou desprezada no processo.

Ainda que não se queira trabalhar com a teoria da instrumentalidade das formas, ao se pretender equiparar a nulidade ao vício (afastando-se, assim, o intérprete da análise do prejuízo), mesmo assim não seria possível negar a instrumentalidade das formas.

A forma – por mais esdrúxula e desnecessária que seja – tem sempre por trás de si alguma função, ainda que implícita. O que os sistemas legalistas fazem é, simplesmente, presumir, de modo absoluto e incontestável, um prejuízo que, no caso, pode ser até inexistente, caso haja a quebra da moldura típicua prevista para a prática do ato.

Passemos ao estudo dessas diretrizes ou, como se queira falar, dos “princípios”¹¹¹¹ que governam as nulidades no processo penal, os quais, a nosso ver, estão elencados em três grandes blocos: (i) o prejuízo; (ii) o saneamento, ou convalidação dos vícios e (iii) a causalidade. É possível encontrar, de toda forma, outras classificações entre os doutrinadores, algumas até um tanto quanto extensas, como é o caso da elencada por Denilson Feitoza, que cita: princípio da tipicidade das formas, princípio da eficácia dos atos processuais, princípio da restrição processual à decretação da ineficácia, princípio da conservação dos atos processuais, princípio da instrumentalidade das formas, princípio da causalidade ou mesmo consequencialidade, princípio do interesse, princípio do prejuízo, princípio da lealdade, princípio da economia processual, princípio da convalidação”¹¹¹².

Somos mais econômicos na eleição dos princípios, já que princípio é só um (o consubstanciado na instrumentalidade das formas), do qual emanam os três norteamentos listados acima (prejuízo, saneamento {ou convalidação} e causalidade).

3.6.1.1. O Prejuízo

¹¹⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 45.

¹¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 286.

¹¹¹⁰ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 132.

¹¹¹¹ Preferimos usar o termo norteamentos, pois, a nosso ver, o único princípio é o da instrumentalidade.

¹¹¹² FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*, p.1006-1011.

O prejuízo é, sem dúvida alguma, a alma e o motor propulsor pelo qual se justifica o reconhecimento da nulidade no processo, tanto civil quanto penal.

Conhecido também pelo nome de transcendência¹¹¹³, o prejuízo é uma projeção da instrumentalidade das formas¹¹¹⁴.

Geralmente o estudo da instrumentalidade das formas está associado ao prejuízo, sendo que parte da doutrina prefere tratá-los de modo conjunto¹¹¹⁵. Não é aconselhável, contudo, confundir as coisas. A instrumentalidade do processo fundamenta diversas causas saneadoras dos vícios processuais que não necessariamente têm relação com o prejuízo (ou, se têm, é apenas relação remota). A instrumentalidade (em um sentido mais amplo: a instrumentalidade das formas jurídicas) já está presente logo no nascedouro do processo, sendo que muitas das questões relacionadas às condições da ação penal e aos próprios pressupostos processuais têm conexão com a instrumentalidade. Por exemplo, o processo penal - para ser válido - precisa ter alguma utilidade prática, de modo a produzir algum efeito jurídico concreto na vida das pessoas. As condições da ação penal já são, de certa forma, decorrência da instrumentalidade do processo, pois evitam, logo no seu nascedouro, preventivamente, processos e formas inúteis. Assim, o prejuízo está mais intimamente ligado – frise-se: embora não exclusivamente¹¹¹⁶ - ao sistema de nulidades processuais, tanto que, conforme poderemos analisar, no próximo capítulo¹¹¹⁷, o Código de Processo Penal brasileiro estatui que não há nulidade sem prejuízo (artigo 563, CPP).

¹¹¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 238; FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1010.

¹¹¹⁴ “Inferimos también que la idea del perjuicio se conceta necesariamente com el principio finalista de las formas (el fin de ellas es asegurar el derecho de defensa) como lo destaca FASSI. Es decir que logra su finalidad un acto ‘que aunque padezca de un vicio fomal no acarrea perjuicio’ (MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 57).

¹¹¹⁵ Nesse sentido: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 232. Afirma Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que “o princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo, pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563)” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 577).

¹¹¹⁶ É possível vislumbrar a análise do prejuízo já em algumas das condições da ação penal e mesmo em determinados pressupostos processuais, que não dão azo ao reconhecimento da nulidade. Por exemplo, no pressuposto de validade consubstanciado na aptidão da petição inicial, muitas vezes se deverá ter em vista o prejuízo que uma inadequada descrição dos fatos possa acarretar à defesa, bem como à compreensão dos fatos pela justiça (entendimento do juiz). No que tange às condições da ação penal, quando for possível um julgamento de mérito favorável ao imputado, a carência de ação é, geralmente, desconsiderada, já que não houve prejuízo ao réu, sendo julgado o mérito da ação em seu favor. Imaginem-se os casos em que se demande em face de uma parte ilegítima: em vez de julgar a ação carente (por ilegitimidade de parte, que, por não fazer coisa julgada material, poderia ser, a todo tempo, reproposta), mostra-se melhor absolver o acusado, com fundamento na sua inocência (estar provado que o réu não concorreu para a prática do crime: artigo 386, inciso IV, CPP). Quando faltar condição da ação penal, por atipicidade do fato, em vez de se julgar carente a ação, deve-se julgar o mérito. O mesmo vale quando a falta de justa causa for constatada e reconhecida apenas em fase bem avançada do processo (por exemplo: na sentença ou fase recursal), sendo que, nesse caso, não tem sentido não julgar o mérito. Nesses casos, sempre se deverá julgar o mérito quando se tratar de decisão *pro reo*. Tudo isso é possível, justamente, pela ausência de prejuízo.

¹¹¹⁷ Item 4.4.1.

Não seria equivocadamente equiparar – *ainda que de modo atécnico* - a nulidade ao prejuízo, já que a nulidade, para existir, pressupõe, certamente, algum tipo de prejuízo.

Por isso, o prejuízo (ou melhor, a inexistência dele) não pode ser considerado uma causa saneadora. Também não nos parece o mais acertado aquele posicionamento de uma parte da doutrina que afirma ser a falta de prejuízo uma causa impeditiva da declaração de nulidade. Assim faz Hélio Tornaghi, ao descrever a ausência de prejuízo como uma circunstância impeditiva, que obstará a declaração de nulidade, embora o ato em si já seja nulo¹¹¹⁸. Nesse sentido entende Denilson Feitoza, o qual afirma que a falta de prejuízo constituiria uma circunstância impeditiva da declaração de nulidade processual¹¹¹⁹.

No ponto, embora assim possa ocorrer no processo (civil) francês, o mesmo não vale para o sistema processual brasileiro¹¹²⁰. Caso se pensasse dessa maneira, a nulidade seria identificada com o vício (bastaria o vício para se ter a nulidade) e o prejuízo seria uma medida “saneadora”, como se fossem coisas distintas, nulidade e o prejuízo, apartadas uma da outra. Não é bem assim que ocorre entre nós.

Não há nulidades de pleno direito em direito processual (aliás, a rigor, nem fora dele). Não havendo nulidades de pleno direito no processo, o pronunciamento da nulidade só se dá mesmo com a decisão jurisdicional, sendo que é no momento de se proferir a decisão que o juiz irá sopesar se houve, ou não, prejuízo.

As dificuldades surgem por conta do conceito um tanto quanto aberto do prejuízo, sendo ele indeterminado. Afirma-se inexistir prejuízo quando a finalidade do ato jurídico processual foi alcançada. Haveria, então, uma correspondência entre esses dois conceitos.

A esse respeito, na doutrina processual penal, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes que “um dos princípios basilares que rege a nulidade processual é o da finalidade, que, visto sob outro ângulo, nada mais é do que o princípio do prejuízo”¹¹²¹

¹¹¹⁸ Hélio Tornaghi entende que, no Brasil, inexistindo prejuízo do vício, ou não havendo influência na apuração da verdade, “o Direito brasileiro, nesses dois casos, considera o ato nulo, mas não permite a *declaração* da nulidade (arts. 563 e 566). (...) Para a lei brasileira a ausência de prejuízo ou de influência são meras *impeditivas*, isto é, circunstâncias que obstem a declaração da nulidade ou a anulação” (TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2, p. 295).

¹¹¹⁹ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1017.

¹¹²⁰ “Contrária é a lógica francesa, pois admite ocorrer invalidade pela violação ao tipo, embora não permita a decretação pela ausência do prejuízo” (SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 210).

¹¹²¹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 93. Continuam os Autores: está o princípio consagrado no Código de Processo Penal que, no art. 572, II, previu fosse a nulidade sanada ‘se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim’, e é reafirmado, de maneira destacada, na Lei 9.099, a qual considera válido o ato que preencha a finalidade para a qual foi previsto” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*, p. 93).

No processo civil, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “*finalidade e prejuízo* são idéias fundamentais à compreensão do sistema das nulidades processuais. Embora ambas possam representar fenômenos distintos, sua aplicação como mecanismos de determinação da relevância, ou não, da atipicidade do ato processual acaba por equipará-las, ao menos no que se refere aos resultados obtidos. Para verificação da nulidade tanto faz pensarmos em *prejuízo* como em *finalidade*. Qualquer um é suficiente para a determinação da natureza do vício”¹¹²². Arremata o Autor que a “ausência de prejuízo corresponde a finalidade alcançada. Esses dois conceitos são, pois, interligados. Ambos correspondem à idéia de espírito da lei processual. São aspectos fundamentais do princípio da instrumentalidade das formas: é preciso atentar sempre para a finalidade atribuída pelo legislador ao ato e à respectiva forma, bem como ao prejuízo que a violação desta porventura tenha acarretado”¹¹²³.

Trata-se, portanto, como expõe a doutrina, de uma análise “em dupla perspectiva: a da teleologia prática do ato e a direcionada aos valores sustentados pelo tipo”¹¹²⁴.

O problema é que, como expõe a doutrina, há uma “grande densidade normativa”, mas, em contraposição, “baixa objetividade semântica”, quando se fala, por exemplo, em “finalidade essencial” do ato ou mesmo quando se dispõe que a norma logrou êxito em obter o “alcance de sua finalidade”¹¹²⁵. Aliás, o que constitui finalidade ou o objetivo da norma? Trata-se, evidentemente, de um dado muito impreciso. A esse respeito, como bem expõe Robert Alexy: se houvesse “uma regra como ‘interprete cada norma de modo que cumpra seu objetivo’ pode levar a resultados contrários se dois intérpretes têm concepções diferentes sobre o objetivo da norma em questão”¹¹²⁶.

Aliás, incumbe notar que, na prática do ato, comumente não há apenas um único objetivo, isto é, apenas uma finalidade, mas sim diversas **finalidades**, em prol da justiça, da parte acusadora e da parte acusada. O fim visado, na verdade, se divide em muitos, haja vista que há vários interesses em jogo. A esse respeito, já constava do Decreto-lei n. 167, de 1938 (Lei do Júri), o qual, conforme anota a doutrina, inspirou o Código de Processo Penal. Aquele Decreto-lei, no artigo 100, discorria que não seria reconhecida a nulidade se o ato tivesse “conseguido o fim visado, **em relação a todos os interessados**”¹¹²⁷.

¹¹²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 439.

¹¹²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 442.

¹¹²⁴ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 133.

¹¹²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 44.

¹¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão: Cláudia Toledo. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 21.

¹¹²⁷ Consulte-se em: FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*, p. 20-21.

Para complicar ainda mais, cabe destacar que muitas dessas finalidades, não raras vezes, acabam sendo cambiáveis (mutáveis) de um ato para outro. Como bem afirma José Joaquim Calmon de Passos, se fôssemos ter que analisar a fundo a finalidade do ato jurídico processual, teríamos que fazer um estudo apartado para examinar, detidamente, cada ato jurídico isoladamente, no plano concreto¹¹²⁸, pois cada ato específico tem a(s) sua(s) própria(s) finalidade(s) jurídica(s).

Sendo assim, com muita humildade, reconhece-se ser impossível instituir em uma fórmula geral (ou, como se queira, mágica) a respeito de quais seriam as finalidades do ato jurídico processual para se chegar ao prejuízo.

O máximo que se pode fazer é formular um quadro geral, de cunho metodológico, do que o intérprete deve levar em conta para, a princípio, poder afirmar quando haveria, ou não, prejuízo. Isso será feito no próximo capítulo, ao se analisar uma parte dos julgados que cuidam do assunto nos Tribunais Superiores.

Como regra, havendo um vício grave, que esteja sujeito ao regime das nulidades, o esperado é que tenha havido algum prejuízo. É justamente a ausência de prejuízo que tem que ser amplamente justificada, e não a sua existência.

O que os tribunais, como regra geral, fazem é inverter essa equação, presumindo a ausência de prejuízo (quando deveria ocorrer o contrário) e jogando nas costas da parte (geralmente o réu) o ônus de demonstrar o prejuízo (ainda quando ele se mostre evidente)

3.6.1.1.1. Os sistemas de nulidades e a análise do prejuízo: a fase formalista e os sistemas taxativo, judicial e misto (ou intermediário).

Nas épocas mais afastadas do direito e, em parte, também no direito germânico, reconhecia-se a nulidade pelo mero vício das fórmulas legais. Na verdade, não havia uma preocupação com prejuízo, decorrendo a nulidade da infração à lei, à forma.

Como explica José Roberto dos Santos Bedaque, “nas sociedades primitivas o processo era sinônimo de *forma*. Predominava o simbolismo. O valor *justiça* era colocado em segundo plano, pois o interesse maior residia na eliminação do conflito de interesses,

¹¹²⁸ “Se algum trabalho teórico se fizesse meritório no particular, seria ele exclusivamente o de fixarem-se os fins tutelados pelos atos do processo, individualmente apreciados, ou na sua totalidade, ou nas suas interdependências. A fixação dos vícios essenciais ou não essenciais representaria, destarte, um esforço desprovido de utilidade” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 111). Mais adiante, discorre: “qual seja, pois, a função do ato que a observância da formalidade prescrita assegura, não se pode estabelecer senão em concreto, isto é, com relação a cada ato em particular” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 130).

não importando se o resultado correspondia à vontade do legislador material”¹¹²⁹. Tamanho era o formalismo à época que inclusive “as palavras são prefixadas, assim como também os gestos”¹¹³⁰. A esse respeito, lembra João Conde Correia que “a omissão de uma palavra ou de uma sílaba nas fórmulas, o emprego de uma palavra por outra, um movimento involuntário, um levantar de mão mais alto do que o prescrito, e infracções semelhantes produziam nos processos primitivos a nulidade dos actos”¹¹³¹.

O modelo de direito romano mais antigo era o do absolutismo da lei, das *legis actiones*¹¹³². O procedimento seguido se mostrava, assim, essencialmente formalista e rígido na observância de seus ritos¹¹³³: *non valet, irrita est e nulum vim obitnet*¹¹³⁴.

O menor deslize na prática do ato já seria o bastante para implicar a nulidade e, por consequência, a imprestabilidade do ato¹¹³⁵.

Visto por este aspecto, pode-se concluir que o tratamento das nulidades se dava de modo relativamente simples, já que o ato imperfeito, por menor que fosse o desvio, era nulo. Dada toda essa simplicidade, sequer havia uma verdadeira teorização das nulidades processuais penais, como se conhece hoje¹¹³⁶. Na verdade, o direito romano apresentava uma simplicidade ímpar: o ato nulo simplesmente inexistia¹¹³⁷,

Posteriormente, no período formulário, há um sensível abrandamento das formas rígidas¹¹³⁸, muito por conta da atuação pretoriana. Essa mudança se deu como reação ao

¹¹²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94.

¹¹³⁰ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 43.

¹¹³¹ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 33.

¹¹³² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 09. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 94.

¹¹³³ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 31.

¹¹³⁴ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 32.

¹¹³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 227.

¹¹³⁶ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 20. Entre nós, discorre Armando Roberto Holanda Leite que, de fato, não havia uma rigorosa sistematização da matéria, em termos científicos, já que, “nos primórdios do direito romano, que não elaborou uma teoria das nulidades, indagava-se apenas se o fato fora praticado contra as determinações da lei. Afirmativa a resposta, ter-se-ia um ato irremediavelmente nulo” (LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo: Cortez, 1980, p. 83).

¹¹³⁷ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*, p. 58; VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 19. Como afirma Roque Komatsu, “no Direito Romano, não se distinguiam os conceitos de anulabilidade, de nulidade absoluta, de inexistência jurídica. Havia apenas dois conceitos antagônicos: aquele da sentença válida e o da sentença inválida, ou melhor, aquele da sentença juridicamente existente e aquele de sentença inexistente no mundo jurídico” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 51).

¹¹³⁸ Discorre José Roberto dos Santos Bedaque: “em seguida passa-se para o processo formulário, em que predominava a inexistência de forma. As várias fórmulas não eram disciplinadas rigidamente pelo legislador, e muitas eram deixadas à discricionariedade do pretor. Não era regulada de modo específico a atividade do *iudex*, que podia até mesmo deixar de julgar por falta de convencimento” (BEDAQUE, José Roberto dos

que vigorava antes, dado o extremo formalismo, pois, como explica Roque Komatsu, antigamente, “na aplicação do Direito romano, o pretor tinha diante de si o *jus civile*, rigoroso e formal, cuja rigidez dava lugar a numerosas injustiças. Estas foram as que levaram o pretor em sua atuação, a instrumentar uma série de procedimentos que, pouco a pouco, levaram a um novo Direito baseado na justiça e na equidade”¹¹³⁹.

Para lidar com uma situação de total ausência de formas, foi “com a atuação do pretor que surgiu o conceito de nulidade como sanção, o que viabilizou, com a evolução dos tempos, a construção, posteriormente, de uma teoria das nulidades”¹¹⁴⁰.

Com a invasão dos povos germânicos, houve impacto no sistema de nulidades, tal qual pensado no direito romano. Isso porque, no direito germânico, as sentenças eram válidas e existentes, porque decorrentes de um ato de autoridade, ainda que proferidas em feitos inquinados dos vícios mais graves. Por não reconhecerem na nulidade o conceito de inexistência, a coisa julgada funcionava como uma sanatória geral de todos os eventuais vícios existentes. A esse respeito, fala João Conde Correia, que, no direito germânico, todos os vícios ficavam sanados com o trânsito em julgado da sentença¹¹⁴¹.

O ato não impugnado era plenamente válido e relevante, independentemente da gravidade e da natureza dos vícios que o afetassem¹¹⁴². Com o decorrer do tempo foram estabelecidos diversos sistemas e meios para lidar com os vícios¹¹⁴³. No ponto, não cumpre, neste trabalho, aprofundar o estudo histórico das nulidades, sendo apenas relevante destacar que, durante a Idade Média, houve épocas tendentes a um formalismo

Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95). No mesmo sentido, ao tratar do abrandamento do formalismo extremado nesse período: VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 20

¹¹³⁹ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, p. 45.

¹¹⁴⁰ VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 20.

¹¹⁴¹ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades*, p. 33.

¹¹⁴² CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 33.

¹¹⁴³ Contudo, até mesmo essa máxima germânica, de que a sentença sempre seria existente, foi abalada, haja vista a constante e crescente influência do direito romano, sempre muito prestigiado e cultuado, quer dentro da Igreja (que detinha o monopólio do saber), quer nas nascentes universidades. Sob influência do direito romano, houve a edição a Lei das Sete Partidas, com uma ligeira modificação no tratamento dos vícios, com a possibilidade de reconhecimento da inexistência da sentença. Assim, de um lado, havia vícios sanáveis, que deveriam ser atacáveis mediante a *querela nullitatis*, dentro do prazo legal e, de outro, havia os insanáveis, que poderiam levar à declaração de inexistência do julgado, adotando o sistema de *querela nullitatis insanabilis*, cujas raízes remontam ao direito romano. O mesmo ocorreu em outros sistemas, como o sistema estatutário italiano, no qual houve uma maior influência do direito romano em detrimento do direito germânico, de origem longobarda. Interessante, a esse respeito, para verificar a diferenciação entre os vícios, examinar o Estatuto de Busseto, de 1580. Tal fato, aliado ao estudo do direito romano nas universidades (Bologna), ocasionou uma fusão entre direito romano e germânico. O direito germânico longobardo foi fortemente influenciado pelo direito romano. Embora, inicialmente, esse direito não fizesse diferenciação entre os vícios de forma e de conteúdo (acerto da decisão), devido à influência do direito romano, essa distinção passou a ser feita, com possibilidade de impugnação do vício. Consulte-se, a respeito desse processo, a cuidadosa exposição de: VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*, p. 60-90.

exacerbado, como se deu com o processo germânico, sendo que todo esse ritual rigoroso, depois, foi afetado pelo processo de cunho inquisitorial. Neste tipo de procedimento, quando interessasse ao juiz-inquisidor, seguia-se o procedimento de modo absolutamente rígido; quando não interessasse mais, era permitida uma ampla flexibilização. Anulava-se o procedimento conforme os interesses e a conveniência do inquisidor, sendo a nulidade decretada, como regra, para prejudicar o acusado, incriminá-lo de modo a repriminar uma fase do processo que fora desperdiçada (ou não tão bem aproveitada) pelo inquisidor¹¹⁴⁴.

Tanto o instituto das nulidades como o da inexistência (para quem o admite) só vieram a ter sustentação sistemática e científica no período das grandes codificações do direito, no início do século XIX. Assim, inicialmente, nos sistemas mais antigos, deixava-se inteiramente à lei a missão de elencar as hipóteses de nulidades.

Se a nulidade estivesse prevista na lei, não cabia ao intérprete indagar de prejuízo.

Bastava reconhecer a nulidade, porque, de certa forma, a violação da lei, por si só, já corporificava o prejuízo. Se não houvesse previsão de nulidade, não se podia reconhecê-la.

Esse sistema ficou conhecido como sistema taxativo de nulidades cominadas.

O sistema taxativo é aquele no qual o reconhecimento da nulidade só pode ocorrer quando houver a previsão expressa da nulidade em lei, sendo esse sistema uma decorrência da necessidade de maior segurança jurídica¹¹⁴⁵. Como bem afirma Giuseppe Magliocca, “le implicazione che derivano dalla codificazione del principio di tassatività delle nullità vanno principalmente individuate nel divieto di analogia delle previsioni sanzionatorie e nell’irrelevanza del riscontro di un pregiudizio effettivo all’interesse protetto dalla norma violata ai fini della declaratoria di nullità”¹¹⁴⁶. Nesses sistemas, haveria uma crença na completude do sistema jurídico. Uma das razões de sua adoção estaria justamente na desconfiança em relação ao Poder Judiciário. Alberto M. Binder lembra que sistemas assim surgiram no período do Iluminismo, em que havia um natural receio em relação à figura da magistratura, já que, na época da França revolucionária, os juízes eram membros da nobreza, simbolizando o Poder Judiciário o Antigo Regime, com os seus privilégios, tudo o que se combatia¹¹⁴⁷. Não por acaso, o exemplo eloquente de sistema taxativo de nulidades foi o Código Civil Napoleônico, de 1804.

Essa desconfiança, evidentemente, não se justifica hoje¹¹⁴⁸, ocorrendo o inverso, já que se assiste a um grande fortalecimento e prestígio da magistratura.

¹¹⁴⁴ A esse respeito: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova da teoria das nulidades*, p. 276.

¹¹⁴⁵ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades*, p. 26.

¹¹⁴⁶ MAGLIOCCA, Giuseppe. “Le nullità”. In: Geobanni Dean (curatore). *Trattato di procedura penale*. Volume primo (doggetti e atti). Tomo II (Gli atti), p. 363.

¹¹⁴⁷ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 18.

¹¹⁴⁸ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 18.

Um dos problemas do sistema rígido e taxativo de nulidades processuais é que, inevitavelmente, a atividade legislativa está sujeita a falhas e não acompanha o ritmo das mudanças. Surgem novas situações que o legislador, por falha humana, não previu ou, por não ter dons divinos de premonição e clarividência, não tinha como prever.

O que tende a ocorrer, em sistemas assim, é o engessamento das normas jurídicas frente à mutável realidade do processo, sobretudo o de natureza penal¹¹⁴⁹. Como afirma Antonio do Passo Cabral, “no campo das nulidades, simplesmente não é possível imaginar todas as hipóteses de vícios potenciais ou mesmo os casos em que deveria ser invalidado o ato. Por tudo isso, hoje se têm priorizado as nulidades não cominadas. A técnica de enumerar as causas de nulidade ou elencar vícios dos atos jurídicos é falha e peca por pensar o legislador poder esgotar o rol de tipos defesos. Com isso, além de não exaurir o tema, o legislador causa variados inconvenientes: primeiramente, petrifica o sistema, dando por nulos muitos atos processuais, ainda que atinjam suas finalidades; de outro lado, peca por omissão, ao permitir que atos inidôneos tenham eficácia quando não cominada nulidade. Além disso, reduz-se enormemente a participação do juiz, limitado a proceder, ‘em voz alta’, à leitura da lei”¹¹⁵⁰. Contra o rigor do sistema taxativo, em que a nulidade só seria reconhecida quando prevista em lei, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tiveram que criar uma figura paralela à figura da nulidade, qual seja, a da inexistência jurídica.

De certa forma, tem razão a doutrina quando afirma que o sistema taxativo de nulidades é uma categoria frustrada (se implementado à risca), pois nunca conseguiu ser aplicado de modo rígido, sendo sempre criadas figuras paralelas para burlar o rigorismo (como o exemplo da inexistência jurídica ou mesmo das nulidades virtuais)¹¹⁵¹.

Assim, aos poucos foi se vendo que um sistema rigoroso e taxativo de nulidades seria inócuo, quer porque sempre seria possível burlá-lo (com a construção da teoria da inexistência jurídica), quer porque um sistema fechado de nulidades poderia implicar o pronunciamento desnecessário de uma nulidade (por ausência de um prejuízo).

Do sistema taxativo de nulidades foi-se para o extremo oposto, para um sistema em que a análise da nulidade ficaria a cargo, única e exclusivamente, da avaliação do magistrado, instituindo-se um sistema que convencionou chamar de aberto.

Evidentemente, essa também não é a melhor opção, já que havendo uma ampla liberdade judicial ao apreciar se seria caso, ou não, de reconhecer a nulidade, o exposto poderia redundar em arbítrio (e comumente é assim que ocorre em sistemas desse tipo).

Por isso não se pode ir contra ou demonizar o sistema anterior, ao se tachar, de modo indevido, o sistema taxativo de atrasado. Mostra-se muito ponderável a afirmação de

¹¹⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 229

¹¹⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 69.

¹¹⁵¹ A esse respeito: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 13-14.

Eugênio Floriam, quando o Autor expõe que: “suponiendo, pues, que no pueden derivar vicios de nulidad de los actos más que de aquellas imperfecciones que revisten cierta importancia, surge una investigación posterior sobre si sería conveniente que la ley fije los requisitos cuya falta implica la nulidad, o si la determinación de esto debe quedar en manos del juez como facultad a ejercer en cada caso particular. A nuestro juicio, el método más en armonía con el proceso penal es el primero, que da por resultado esta consecuencia: que no existe nulidad si no está expresamente conminada en la ley. Es fácilmente comprensible que se estime este punto de vista más adaptado a la materia procesal penal, pues ofrece mayores garantías y evita todo motivo de dudas y de controversias. La observancia de las mismas debe estar substraído al arbitrio y apreciación en cada caso: el procedimiento debe estar rigurosamente predeterminado”¹¹⁵².

Tendo em vista o exposto, apesar de ser inviável uma volta radical ao sistema taxativo, mostra-se prudente e justa a construção de um sistema que prime por uma maior segurança jurídica na previsão das nulidades. Tendo em vista as vantagens e desvantagens, de um lado, do sistema taxativo de nulidades, e, de outro, dos prós e contras do sistema judicial (aberto), chega-se à conclusão de que é profícua a construção de um modelo misto, intermediário, em que determinadas hipóteses de nulidades devem estar previstas em lei enquanto outros casos seriam deixados ao critério da avaliação do magistrado.

Esse é justamente o modelo seguido por nosso ordenamento jurídico, bem como por diversos outros. Para tanto, os sistemas legais têm utilizado técnicas diversas quanto à previsão de nulidades, ora fazendo uso de cominações específicas e outras mais genéricas (cláusulas abertas), ora admitindo nulidades implícitas (também conhecidas como virtuais), as quais ocorreriam quando há vedações não expressamente conminadas com nulidade, mas que, por inferência lógica, são solucionadas mediante o seu pronunciamento.

Geralmente, as cominações genéricas de nulidades vêm dispostas de tal modo em cláusulas abertas que não é sequer necessário tratar ou teorizar das hipóteses de nulidades implícitas. Aliás, cabe mencionar que, dada a proximidade entre ambas as hipóteses de nulidades (genéricas e implícitas), às vezes esses dois casos acabam se confundindo, tanto que é incomum encontrar quem as diferencie¹¹⁵³.

¹¹⁵² FLORIAN, Eugênio. *Elementos de Derecho procesal penal*, p. 122.

¹¹⁵³ Na doutrina argentina, G. Sebastián Romero faz a distinção, afirmando que “por ultimo, em cuanto a las formas de conminar las nulidades, existe una conminación específica, cuando ellas se encuentran previstas expresamente em distintas disposiciones, y genérica, cuando se establece em forma general y abstracta para cualquier acto del proceso. Es el sistema que adopta el CPP de Cba., que em su art. 185 establece La conminación genérica y La específica em diversos preceptos” (ROMERO, G. Sebartián. “Ineficacia expansiva de los actos procesales”, p. 138). Em outra oportunidade afirma: “sin embargo, se habla por otra parte de las nulidades ‘implícitas’ o ‘virtuales’ que se darían cuando, sin conminación expresa de la ley y sin posibilidades de encuadrarse como nulidades de orden general, presentan situaciones de conflicto em el proceso que solo pueden ser superadas mediante La declaración de nulidad” (ROMERO, G. Sebartián. “Ineficacia expansiva de los actos procesales”, p. 138)

Porém, cabe ressaltar que existe grande diferença entre ambas, anotando-se que as nulidades genéricas (ou de ordem geral) são hipóteses abertas de nulidades (não taxativas), porém expressamente cominadas em lei, enquanto as nulidades implícitas, apesar de não serem cominadas (pois a lei não as prevê), decorrem da coerência do sistema legal.

A diferença pode ser sutil, mas é relevante, inclusive na prática, pois, para fins de reconhecimento da nulidade, é muito melhor haver previsão legal expressa (ainda que genérica) a inexistir qualquer uma: observando-se que, em tema de nulidades processuais, afirma-se que, por a nulidade constituir uma sanção, não caberia interpretação analógica, o que, por certo, dificulta um pouco o pronunciamento das nulidades implícitas¹¹⁵⁴. Melhor, portanto, que todas as hipóteses estejam previstas em lei, sejam cominadas, ainda que de modo genérico, como ocorre em nosso ordenamento jurídico.

3.6.1.1.2. O prejuízo e a gravidade dos vícios processuais sujeitos às nulidades.

Haja vista que os ordenamentos jurídicos, em sua maioria, não mais trabalham com sistemas taxativos de nulidades (certeza de sua ocorrência), tanto o legislador quanto o intérprete têm tido que adotar critérios para resolver os problemas para os quais se coloca o questionamento quanto à ocorrência, ou não, da nulidade.

Na eleição dessas balizas, o intérprete tem se utilizado algumas classificações já tradicionais, sobretudo concernentes ao tipo e ao grau de vício que dá ensejo à nulidade.

Tendo em vista o exposto, já é antiga e clássica a divisão entre nulidades mais ou menos graves, dependendo do vício, sendo divididas em nulidades absolutas e relativas.

Conforme foi mencionado no capítulo 2¹¹⁵⁵, no ordenamento jurídico brasileiro, o Regulamento n. 737/1850, do Império, já procurava diferenciar as nulidades em absolutas e relativas, em seara civil, que acabou sendo utilizada para a seara processual. Embora a lei atual não mais fale e nulidade absoluta ou relativa, o fato é que a classificou continua em voga. Embora minoritário, há o entendimento doutrinário, no processo, que procura dividir as nulidades processuais em três tipos, quais sejam, em nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade. Logo adiante, no item 3.6.1.1.3.1, trataremos de todos eles.

¹¹⁵⁴ Lembrando que vige, de certa forma, o entendimento de que a nulidade, por ser uma sanção, não poderia ser reconhecida por analogia, o que é equivocado, pois a nulidade não tem o caráter de pena (mal). Na verdade, a nulidade, quando bem decretada, causa um bem, pois através dela restam resguardados valores fundamentais no processo. De toda forma, aquele discurso que entende inadmissível o reconhecimento da nulidade por analogia encontra grande guarida na doutrina processual, de modo que poderia ser utilizado para evitar o reconhecimento de uma patente nulidade implícita. Melhor, portanto, que ela esteja cominada, ainda que genericamente.

¹¹⁵⁵ No item 2.3.5.2.

As nulidades absolutas, como o próprio nome indica, diriam respeito a vícios mais graves, enquanto as nulidades relativas se refeririam a hipóteses menos graves. Os vícios que corporificariam as nulidades absolutas seriam insanáveis ao passo que os das relativas seriam. O conceito e a abrangência da insanabilidade vão depender de cada ordenamento jurídico, pois, em alguns, os vícios que corporificam as nulidades absolutas não se sanam nem com o trânsito em julgado, como ocorre entre nós (*pro reo*), ao passo que em outros sistemas esse seria um limite máximo para ser alegada qualquer nulidade, como ocorre no direito italiano e argentino¹¹⁵⁶.

Nas nulidades de ordem absoluta, haveria, em uma primeira leitura, uma espécie de presunção de prejuízo, ao passo que nas nulidades relativas, o prejuízo deveria ser comprovado pela parte que suscita a nulidade.

Esses conceitos serão abordados mais adiante, mas cabe deixar claro que somos bem céticos com relação a essa clássica divisão que se faz, especialmente no que toca ao prejuízo, de que em um tipo de nulidade haveria presunção de prejuízo e, em outro, não.

Segundo pensamos, em qualquer hipótese sujeita ao reconhecimento da nulidade, o prejuízo, de certa forma, é sempre presumido. Aliás, mais que presumido, é certificado pelo vício sujeito ao regime de nulidades, sendo que apenas em hipóteses excepcionais e muito claras e objetivas seria possível concluir que não existiu prejuízo.

Antes de analisar tudo isso, é preciso avaliar quando uma nulidade poderá ser considerada absoluta ou relativa, o que será de grande valia para o estudo da nossa lei.

Para diferenciar as nulidades, a doutrina tem se utilizado de diversos critérios.

Vejamos os principais critérios eleitos pela doutrina e se, a partir deles, é possível no processo penal distinguir as nulidades processuais.

3.6.1.1.3. As nulidades processuais e a sua divisão.

Como dito, tradicionalmente na doutrina, e em grande parte nos ordenamentos jurídicos, sempre se procurou separar os vícios que dariam ensejo às nulidades processuais, os quais, em decorrência do princípio da proporcionalidade, são divididos em grupos, com tratamento jurídico diverso em consonância com a gravidade da situação analisada¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ A esse respeito: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 344.

¹¹⁵⁷ CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 123. “Correspondendo a estas diferenças técnicas – e apesar das evidentes e naturais divergências – o legislador costuma dividir as nulidades em diferentes espécies, mais ou menos decalcadas dos esquemas tradicionais. Em Espanha, não obstante algumas hesitações, a LOPJ parece separar dois graus de nulidade. Em França, o próprio *CPPénale* tenta distinguir entre nulidades de ordem pública e nulidades de interesse privado. Em Itália, os arts. 179.º, 180.º e 181.º do *Cod. Proc. Pen.* Distinguem entre nulidades absolutas, nulidades relativamente absolutas ou de regime intermédio e nulidades relativas. Finalmente, entre nós (Portugal), os arts. 119.º e 120.º do CPP separam as nulidades insanáveis das nulidades dependentes de

As nulidades, geralmente são divididas em nulidades absolutas e relativas. Em uma menor escala, parcela minoritária da doutrina também aponta, ao lado das nulidades, as anulabilidades. Passemos a análise dessas divisões.

3.6.1.1.3.1. Divisão tripartida dos vícios sujeitos à anulação: a nulidade absoluta, relativa e as anulabilidades.

Com efeito, há uma vertente minoritária de autores no direito processual que, ao lado dos dois tipos de nulidades, absoluta e relativa, vislumbra existir também no processo uma espécie de terceira via, consistente nas hipóteses de anulabilidades¹¹⁵⁸.

No Brasil, aponta-se que a divulgação dessa divisão coube a Galeno Lacerda¹¹⁵⁹, no seu livro *Despacho Saneador*. Segundo essa classificação, as sanções processuais são divididas em três tipos: nulidade absoluta, relativa e anulabilidade. Também José Frederico Marques é adepto dessa divisão¹¹⁶⁰. Na doutrina moderna, Vicente Greco Filho entende admissível a divisão tripartida das invalidades, reputando possível discorrer a respeito das anulabilidades¹¹⁶¹. Também assim entendem Antônio Cláudio da Costa Machado¹¹⁶², Egas Dirceu Moniz de Aragão¹¹⁶³ e Moacyr Amaral Santos¹¹⁶⁴ no direito processual civil.

Lança-se mão de dois critérios para diferenciá-las: (a) a natureza da norma que estabelece a formalidade e (b) o interesse protegido pela norma.

Pelo primeiro critério, seria possível diferenciar as nulidades das anulabilidades.

arguição e o art. 123.º, do mesmo diploma, acrescenta as irregularidades que, como teremos oportunidade de provar, constituem, muitas vezes, mais um mecanismo de destruição dos actos inválidos” (CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, p. 124-125).

¹¹⁵⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 73.

¹¹⁵⁹ Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 33.

¹¹⁶⁰ Adotando os ensinamentos de Galeno Lacerda, José Frederico Marques, embora sem explicar em que se alicerçaria a dicotomia ato nulo/anulável, discorre que “o ato relativamente nulo difere do ato anulável, porque a validade do primeiro está subordinada a uma condição suspensiva, e a do segundo, a uma condição resolutiva. O ato nulo nasce ineficaz, mas é possível que adquira validade e eficácia pela superveniência de fato ou circunstância que o faça convallescer. O ato anulável nasce válido, mas pode perder a eficácia se for anulado ou rescindido” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 410).

¹¹⁶¹ Aliás, o autor tem toda uma teorização própria sobre o assunto, já que assevera que a figura da sanção só se aplicaria às anulabilidades (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 287).

¹¹⁶² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*, p. 261

¹¹⁶³ Afirma o Autor, exemplificando com normas sujeitas à disposição das partes no processo civil (que, ao ser ver, poderiam ser casos de anulabilidades): “mas assim como há normas absolutas, há também, em matéria de competência, as que não o são. Destas, algumas ficam integralmente ao alcance do poder de disposição das partes, que podem eleger um domicílio onde sejam cumpridas obrigações, caso em que determinam, mediante essa convenção, o foro para a solução de seus litígios (Código Civil, art. 42, este Código, art. 111). Não havendo contrato sobre o foro, as regras da competência territorial não ficam inteiramente ao sabor dispositivo das partes” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II, p. 267).

¹¹⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.º vol, p. 64-65.

Pois bem, explica-se que pela natureza da norma jurídica em comento, haveria, no processo, normas cogentes e normas dispositivas¹¹⁶⁵.

As primeiras seriam normas de direito público, endereçadas a todos, ao passo que as segundas seriam normas estabelecidas pelas próprias partes, no seu interesse privado.

As nulidades processuais decorreriam da inobservância de normas cogentes (obrigatórias) para as partes ao passo que as anulabilidades seriam provenientes de vícios relacionados às normas dispositivas. Afirma, a esse respeito, Vicente Greco Filho “que a situação é de anulabilidade se a exigência descumprida é, também, do interesse da parte, mas a norma instituída é dispositiva, não tem cominação expressa de nulidade ou não concerne às garantias essenciais das partes no contraditório”¹¹⁶⁶. Egas Dirceu Moniz de Aragão igualmente afirma que “enquanto a nulidade relativa resulta de infração a normas cogentes, subtraídas, portanto, ao alcance do poder dispositivo das partes, embora para elas voltadas, a anulabilidade resulta de infração a normas que a lei põe ao alcance do poder dispositivo das partes, voltadas também no seu interesse. A primeira pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, pois somente as partes podem alegá-la. No primeiro caso, o ato fica sujeito à condição suspensiva de não-impugnação – vale dizer – o decurso do prazo indicado para as partes pleitearem a sua decretação ou o juiz fazê-lo espontaneamente sana o vício, no segundo, à condição resolutiva de a parte impugná-lo”¹¹⁶⁷

Quanto à classificação mencionada, a doutrina majoritária, com razão, a critica, por ser de pouca (ou nenhuma) utilidade, pois, dificilmente, no processo penal, se poderia cogitar de uma norma que não seja cogente (obrigatória).

Assim, no direito processual, mormente no sistema processual penal, haveria pouco (ou nenhum) espaço para normas de natureza dispositiva. Ainda que fosse possível vislumbrar uma norma que conferisse uma maior disponibilidade ao interesse das partes envolvidas na controvérsia, tal qual a possibilidade de a vítima oferecer a queixa-crime no foro do lugar do suposto crime ou do domicílio do querelado¹¹⁶⁸, cabe convir que a possibilidade conferida decorre, imediatamente, da lei. E, convenha-se, a lei, nesse caso, segundo nos parece, não deixa muita margem de escolha, não sendo o foro produto da livre

¹¹⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 288.

¹¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 290.

¹¹⁶⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II, p. 266.

¹¹⁶⁸ “No processo penal, há uma única hipótese de incompetência relativa, que se dá no caso de exclusiva ação penal privada, em que transige a lei com o interesse das partes, permitindo ao querelante uma opção, que deve se fazer ou pelo foro comum determinado pelo local do fato, quando seu interesse terá coincidido com o interesse público, ou pelo foro de domicílio ou residência do querelado, quando seu interesse presumidamente coincidirá com o interesse do querelado” (KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*, p. 81). Trata-se do artigo 73, do Código de Processo Penal, que, aliás, é de uma inconstitucionalidade gritante, já que vulnera o juiz natural, ao possibilitar a escolha do magistrado competente a uma das partes. A respeito: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 161, nota de rodapé n. 44.

escolha das partes, como ocorre em determinadas hipóteses, no processo civil, em que as partes, em determinadas hipóteses, poderiam eleger o foco competente¹¹⁶⁹.

3.6.1.1.3.2. Divisão bipartida: nulidades de ordem absoluta e relativa.

Uma vez inexistindo normas dispositivas em seara processual penal, não há que se falar em anulabilidades. Há apenas a separação entre nulidades absoluta e relativa, sendo ambas provenientes de determinados vícios processuais que infringem normas cogentes.

3.6.1.1.3.2.1. O critério da violação do interesse público: tradicionalmente eleito o divisor de águas para separar a nulidade absoluta da relativa.

A doutrina procura elencar critérios para diferenciá-las, elegendo, para tanto, a violação à ordem pública, para distinguir as nulidades de ordem absoluta e relativa.

Tradicionalmente, classificam-se as nulidades processuais da seguinte maneira: a nulidade absoluta decorreria de um defeito que violaria uma norma colocada em prol do interesse público, isto é, “da cabal prestação de justiça”¹¹⁷⁰. O vício, nesses casos, atingiria “o próprio interesse público de correta aplicação do direito”¹¹⁷¹, constituindo a nulidade absoluta, na linha do que dispõe a doutrina extraprocessual, uma proteção da sociedade inteira¹¹⁷². Por seu turno, a nulidade relativa decorreria de vício que viola uma norma que, em princípio, tutelaria apenas um interesse privado, isto é, particular¹¹⁷³.

O critério, portanto, que leva em conta o interesse protegido pela norma, procura dividir as nulidades em absoluta e relativa, sendo muito utilizado na doutrina¹¹⁷⁴. Essa classificação já é bastante sedimentada na doutrina nacional, sendo que, como expõe Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “o que distingue a **nulidade absoluta** da **nulidade**

¹¹⁶⁹ Art. 111, *caput*, do Código de Processo Civil: “A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações”.

¹¹⁷⁰ DAURA, Anderson Souza. *Inquérito policial*, p. 41.

¹¹⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 19.

¹¹⁷² HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*, p. 67.

¹¹⁷³ Embora adepto de uma tripartição (nulidade absoluta, relativa e anulabilidade), Vicente Greco Filho também concorda que a diferenciação da nulidade absoluta e relativa decorre do tipo de interesse violado. A qualidade do defeito decorreria do tipo de exigência legal que foi descumprida. Se de ordem pública, a nulidade seria absoluta; se de interesse privado, relativa. (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 288).

¹¹⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 19.

relativa é a finalidade para a qual foi instituída a forma violada. A violação de uma forma que atenda a um interesse público gera uma nulidade absoluta, enquanto o desrespeito a uma forma instituída no interesse das partes causa uma nulidade relativa”¹¹⁷⁵.

Poderia parecer, a princípio, estranho que uma norma cogente tutelasse interesses privados. A esse respeito, afirma a doutrina que, a despeito do caráter cogente e público do direito processual, nem todas as suas normas se fundamentariam, necessariamente, na ordem pública, “no sentido de que sua aplicação e observância interessam integralmente ao Estado e à sociedade”¹¹⁷⁶. O que determinaria se a natureza de uma norma é, ou não, de ordem pública, não seria a matéria disciplinada em si (direito civil, direito penal, direito processual) ou mesmo a sua hierarquia (normas constitucionais e infraconstitucionais), mas sim o seu conteúdo. Serão públicas, segundo a doutrina mais especializada, as normas que dizem respeito à proteção dos valores fundamentais da sociedade, da ordem social, ou da ordem ética, econômica ou cultural¹¹⁷⁷; em síntese, são públicas as normas que digam respeito a direitos indisponíveis¹¹⁷⁸. De acordo com Ricardo de Carvalho Aprigliano, leis imperativas e ordem pública não seriam, portanto, conceitos necessariamente atribuíveis, exemplificando o Autor, para tanto, com as normas de trânsito ou mesmo normas que dispõem sobre horários de banco, as quais, segundo seu entendimento, não trariam “em si a noção de interesse público que é ínsita a toda norma de ordem pública”¹¹⁷⁹. A respeito das normas penais, o Autor afirma que é difícil conceber que todas elas refletem, sempre, interesses coletivos, isto é, que transcendam o interesse particular. Para tanto, o Autor afirma que se as normas penais apenas tutelassem o interesse social, e não privados, “seria o caso de abolir os crimes dependentes de iniciativa privada, como o são a calúnia, injúria e difamação, ou ainda toda a disciplina legal sobre os crimes de menor potencial ofensivo, que admitem transação penal”¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 572.

¹¹⁷⁶ APRIGLIANO, Ricardo de carvalho. *Ordem Pública e Processo: o Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

¹¹⁷⁷ APRIGLIANO, Ricardo de carvalho. *Ordem Pública e Processo*, p. 30.

¹¹⁷⁸ APRIGLIANO, Ricardo de carvalho. *Ordem Pública e Processo*, p. 31.

¹¹⁷⁹ APRIGLIANO, Ricardo de carvalho. *Ordem Pública e Processo*, p. 27. Com todo respeito à opinião do Autor, mas os exemplos elencados, a nosso ver, guardam interesse público. No que concerne às normas de trânsito, é de interesse público a sua observância. Para tanto, basta analisar os números de mortes no trânsito, diga-se de passagem, alarmantes (maior causa de mortes, em todo o país). No que concerne às normas sobre horários bancários, também há aí, obviamente, patente interesse público, já que a esmagadora maioria das pessoas tem seus recursos depositados em bancos e paga suas contas neles.

¹¹⁸⁰ APRIGLIANO, Ricardo de carvalho. *Ordem Pública e Processo*, p. 30. No ponto, entendemos que o Autor também aqui se equivoca quanto aos exemplos dados. Nos crimes mencionados de ação penal privada, cabe destacar que a ação penal é sempre pública, sendo “privada” apenas a sua iniciativa. A criminalização da injúria, da difamação e da calúnia reside no interesse público, pois, deixada a controvérsia nas mãos das partes, o conflito só poderia aumentar. De fato, os critérios eleitos para a criminalização são, em muitos casos, duvidáveis. Contudo, não se pode, a partir disso, afirmar e fundamentar, do ponto de vista teórico, que a criminalização de uma conduta possa se dar com base em interesses privados. No que tange aos crimes de menor potencial ofensivo, não obstante haja controvérsia se uma parte desses delitos deveria ser, ou não,

Com base nessa dicotomia (nulidade absoluta/interesse público e relativa/interesse privado), a doutrina, de forma majoritária, chega a algumas conclusões,

Nas nulidades absolutas - por implicarem violação ao interesse público: (a) elas poderiam ser reconhecidas de ofício pelo juiz, independentemente de provocação da parte¹¹⁸¹, já que estariam em jogo valores indisponíveis; (b) o seu reconhecimento poderia ocorrer a qualquer tempo, não havendo preclusão¹¹⁸²; ademais, (c) nessas hipóteses, pontua-se que não haveria possibilidade de o ato vir a ser convalidado¹¹⁸³, ou, como preferem falar outros, de o defeito vir a ser sanado¹¹⁸⁴, sem possibilidade de a nulidade ser “curada”¹¹⁸⁵; por fim, (d) fala-se que o prejuízo seria presumido¹¹⁸⁶, chegando parte da doutrina a discorrer que sequer se deveria cogitar de prejuízo¹¹⁸⁷, sendo ele manifesto¹¹⁸⁸.

descriminalizada, o fato é que, a princípio, os crimes de menor potencial ofensivo têm inquestionável razão de existir, estando consubstanciada a sua tipificação no interesse público. Não se pode confundir fato com pouca significação social (ainda assim de interesse público, passível de criminalização) com fato insignificante (do ponto de vista penal). A esse respeito, quanto à inadmissibilidade de fazer confusão entre insignificância e crime com pouca significação (ou danosidade) social: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito) e da jurisprudência atual*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 221.

¹¹⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 576; DAURA, Anderson Souza. *Inquérito policial*, p. 42; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 23 e 29; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*, p. 263; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 262; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 135. Na doutrina argentina, Carlos Creus discorre que “generalmente, pues, las nulidades declarables de oficio son las nulidades absolutas, ya que la ley asimila los efectos de las unas a las características de las otras, aunque la esencia dogmática de una y otra clasificación no sea idéntica y encontremos leyes que – según veremos – las separan” (CREUS, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales*, p. 61).

¹¹⁸² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*, p. 263

¹¹⁸³ DAURA, Anderson Souza. *Inquérito policial*, p. 41; FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1014.

¹¹⁸⁴ “Quando a nulidade do ato processual não pode ser sanada, a nulidade é absoluta; mas, quando sanável, ela se diz relativa” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 410). No mesmo sentido, de que a nulidade absoluta é insanável: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 263; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 135.

¹¹⁸⁵ Heráclito Antonio Mossim entende que “a nulidade absoluta não se cura, é insanável” (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 65).

¹¹⁸⁶ “Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 26). No mesmo sentido: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1017. No processo civil, afirmando que a nulidade absoluta implicaria uma presunção de prejuízo: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*, p. 265.

¹¹⁸⁷ “O prejuízo, aqui, evidentemente, é o *juris et de jure*... inadmitindo prova em contrário” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 137). No processo civil, Egas Dirceu Moniz de Aragão discorre que não caberia indagar de prejuízo, não obstante, no que tange a ele, “tem-se lhe dado, às vezes, extensão exagerada, fazendo-o incidir também em casos de nulidade absoluta, a qual é insanável e não comporta, por isso, a sua aplicação” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II, p. 272).

Já as nulidades relativas, por vulnerarem interesse privado, têm como predicados: (1) o seu reconhecimento dependeria de provocação da parte interessada¹¹⁸⁹, não podendo ser decretada de ofício¹¹⁹⁰; aqui (2) haveria preclusão¹¹⁹¹, podendo o ato ser convalidado; (3) haveria possibilidade de a nulidade ser “sanada”¹¹⁹², seja pelo alcance da finalidade ou escopo da norma, seja por ausência de qualquer prejuízo; (4) haveria necessidade de a parte demonstrar a existência do prejuízo, pois, nesses casos, ele não seria evidente¹¹⁹³.

A respeito dessa diferenciação, expõem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco que “às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesses da ordem pública no processo e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua inobservância. Trata-se, aqui, da *nulidade absoluta*, que por isso mesmo pode e deve ser decretada de-ofício, independentemente de provocação da parte interessada. (...) Quando é exclusivamente da parte o interesse visado pela determinação legal a forma, então se trata de *nulidade relativa*, que o juiz não decretará de-ofício e, portanto, só pode ser decretada mediante provocação da parte prejudicada (CPC, art. 251; CPP 565); a parte tem, ademais, o ônus de fazer a alegação na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de ficar convalidado o ato imperfeito (CPC, art. 245, *caput*). No processo penal dirá sempre com a ordem pública a formalidade concernente à defesa do acusado”¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁸ “No que tange às chamadas *nulidades absolutas*, ainda, o prejuízo delas decorrente é considerado *manifesto*, sendo que o próprio ordenamento jurídico o reputa inquestionável, considerando-o uma presunção *iuris et de iure*” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 304).

¹¹⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 29; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 263.

¹¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 577.

¹¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 577; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 267.

¹¹⁹² “As nulidades relativas são nulidades sanáveis porque, violada a forma legal do ato ou do procedimento, purgada pode ficar a irregularidade. No entanto, se não houver a convalidação do procedimento ou do ato *contra legem*, a nulidade existirá, tanto como se tivesse o caráter de absoluta” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 426).

¹¹⁹³ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 27. “Tal distinção está bem presente no enunciado da Súmula 523 do STF: ‘No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu’; no primeiro caso, a ausência de defesa já caracteriza o dano, o que é intuitivo, pois vulnerado princípio fundamental expresso na Constituição; já na segunda situação, somente uma análise do conjunto de provas, alegações, etc., ou até uma nova prova de circunstância que poderia ter sido deduzida, levarão à conclusão sobre a efetividade do prejuízo ao direito de defesa” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 27).

¹¹⁹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. 22ª ed. *Teoria geral do processo*, p. 368. Entre os processualistas penais: “abandonadas as posições mais antigas, pelas quais se pretendia elencar taxativamente as nulidades absolutas, a distinção que atualmente se faz em relação às nulidades relativas reside no fato de que a nulidade absoluta é sempre estabelecida em prol do interesse público, do interesse ao regular desenvolvimento do processo, enquanto a nulidade relativa afeta apenas o interesse das partes. A nulidade absoluta, por força do vício que afeta o interesse público, dispensa a

A classificação exposta acima já é tradicional e bastante aceita em qualquer área do direito, seja na seara extraprocessual (civil, por exemplo), seja processual, valendo tanto para o processo civil quanto para o processo penal (comum e militar) e mesmo para o trabalhista, conforme se aponta na doutrina¹¹⁹⁵.

A invocação da ordem pública para diferenciar as nulidades absolutas e relativas, **apesar de não estar incorreta**, suscita, contudo, uma série de indagações.

Parte da doutrina, com toda razão, mostra-se insatisfeita com o critério elencado para diferenciar uma nulidade da outra.

Afinal, primeiramente, o que é o interesse público?

Seria possível vislumbrar interesses privados no processo penal?

Seria razoável sustentar o pronunciamento de uma nulidade (ainda que relativa), com base no interesse privado?

3.6.1.1.3.2.1.1. Da dificuldade em se trabalhar com o critério da violação da ordem pública para a distinção entre nulidades absolutas e relativas no processo penal.

O conceito de ordem pública é vago e indeterminado em qualquer área do direito.

Sobre ele têm se debruçado todos os estudiosos, das mais variadas áreas jurídicas.

Não é de se admirar que assim seja, pois a essência da ordem pública consiste justamente em harmonizar e, da mesma forma, satisfazer, na medida do máximo possível, todos os interesses, coletivos e privados. Portanto, em vez de serem interesses antagônicos, os interesses privados e públicos, na verdade, são “reciprocamente identificáveis”¹¹⁹⁶.

Por isso, adequada a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello ao discorrer que se deve prevenir o erro comum de apartá-los um do outro, devendo-se acentuar ‘*que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação*’¹¹⁹⁷.

Rodolfo de Camargo Mancuso explica que, na análise do interesse público, devem ser levados em consideração fatores não só jurídicos, mas também políticos, devendo ele ser analisado com base em critério duplice, tanto quantitativo (número de pessoas) quanto qualitativo (relevância dos valores em jogo), reconhecendo ser, contudo, bem problemática

constatação de prejuízo, ao contrário do que ocorre com a nulidade relativa, à qual seria aplicável a máxima *pás de nullitè sans grief*” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*, p. 106)

¹¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 37.

¹¹⁹⁶ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 91.

¹¹⁹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 23.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57.

a sua delimitação, podendo-se lê-lo como um interesse geral ou social, que não prescinde da análise dos interesses individuais em jogo¹¹⁹⁸.

Nesse sentido, o interesse público se agrega ao individual e o individual se agarra ao público de tal modo que, dessa mistura, forma-se um amálgama tão forte, o que torna muito difícil a tarefa do intérprete em isolá-los um do outro.

O simples fato de haver lei disciplinando uma determinada hipótese já demonstra que existiria um interesse público, pois, caso contrário, não seria necessária uma lei, que, em tese, é sempre instituída no interesse público.

Portanto, todas as normas jurídicas são promulgadas em prol do interesse geral.

Do exposto, não é mesmo tarefa fácil dizer o que constitui interesse público e o que é interesse privado. Essa tarefa, como frisado, nunca foi simples, devido à presença de uma “zona cinzenta”¹¹⁹⁹, tornando-se a divisão, nos dias de hoje, ainda mais intrincada, sobretudo com a crescente publicização do direito (constitucionalização).

Com o Estado Social intervencionista (século XX), os tradicionais postulados de direito, que procuravam separar o interesse individual do público, sofreram uma sensível mudança: a autonomia privada e os direitos de propriedade passam a ter que se adequar, cada vez mais, aos fins sociais¹²⁰⁰: delimitar esses fins sociais nem sempre tem sido uma tarefa simples, pois, geralmente, o direito (público) de um indivíduo entra em choque com o do outro (de igual hierarquia). O que dá ensejo a um sistema de resolução de conflitos um tanto intrincado, consubstanciado na ponderação de valores (proporcionalidade), que nem sempre é algo tão simples, necessariamente lógico e/ou harmônico, sendo, na prática, difícil conseguir obter uma compatibilização (mediante uma menor restrição possível de cada direito) entre todos os interesses relevantes envolvidos. Tendo-se em vista todo o exposto, dentro da teoria geral do direito, a própria divisão das matérias em direito público e do privado é questionada, sendo que muitos doutrinadores se perguntam se seria possível uma separação estanque que, tradicionalmente, sempre se fez entre os dois grandes ramos da ciência jurídica, público e privado, pois todos os critérios de diferenciação (prevalência dos interesses, subordinação nas relações entre Estado e indivíduo e no que diz respeito ao agente envolvido) têm se mostrado falhos até hoje¹²⁰¹.

“A prevalência de interesses como pauta para enquadrar determinado ramo jurídico como pertencente ao ‘Direito Público’ ou ao ‘Direito Privado’, embora seja entre elas a mais

¹¹⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2004, p. 32-36.

¹¹⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, p. 45.

¹²⁰⁰ O direito do consumidor, que, antes, seria qualificado como ramo de interesse privado, hoje se insere dentro do ramo do direito cujas normas são “de ordem pública e interesse social), conforme dispõe, de modo exposto, o nosso Código de Defesa do Consumidor (artigo 1.º, da Lei 8.078/1990).

¹²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, p. 14-17. Contudo, cabe destacar que o Autor citado não nega a distinção entre direito público e privado, nem renuncia à sua formulação (p. 17).

razoável, parece ser atualmente de difícil aplicação. Veja-se que o ‘Direito Público’ deve orientar-se também pelo respeito dos interesses particulares, sobretudo daqueles essenciais à pessoa. Na outra via, no ‘Direito Privado’, cada vez mais se fazem presentes normas de ordem pública, que condicionam interesses particulares em proveito de propósitos coletivos”¹²⁰².

Dentro das matérias do próprio direito público, é possível notar gradações entre interesses públicos. Exemplo eloquente reside na própria dificuldade que há em diferenciar os contornos do que seria próprio do âmbito criminal ou do direito civil¹²⁰³.

No direito penal, os autores ficam intrigados para tentar desvendar qual conduta teria interesse público a ponto de ser criminalizada (dignidade penal), não sendo poucas as indagações quanto ao que, de fato, diferenciaria (ou melhor: se haveria mesmo alguma diferença) um ilícito penal de um ilícito administrativo¹²⁰⁴.

Com o exposto, evidentemente, não estamos a defender uma renúncia à divisão e às classificações já tradicionais do direito, as quais – convenha-se - se não são inteiramente precisas e corretas do ponto de vista técnico, são, de todo modo, úteis, para fins didáticos.

Com isso, quer-se apenas demonstrar o quanto se revela controvertido o critério consubstanciado na infração à ordem pública e o quanto ele se apresenta abstrato, vago e genérico para fundamentar alguma distinção relevante dentro do direito, sobretudo dentro do processo penal. Basta apontar as diversas críticas que a doutrina processual penal faz ao requisito consubstanciado na violação da ordem pública¹²⁰⁵, conceito que consubstancia um “espaço conceitual aberto”, conforme ensina Maurício Zanoide de Moraes¹²⁰⁶, ao tratar das prisões provisórias, sendo um critério muito indefinido para suscitar uma diferenciação mais precisa entre a nulidade de ordem absoluta e a nulidade relativa.

No ponto, a pergunta que poderia ser feita é se o critério da ordem pública, para fins de distinção das nulidades processuais penais, poderia ser especificado, em prol de sua aplicabilidade, como vem sendo feito em sede de prisão processual para as situações que lhe dariam legitimidade. A tentativa é legítima, já que a ordem pública é um conceito que permeia todo o direito (sobretudo na seara penal). De todo modo, ainda que seja possível trabalhar com a distinção alicerçada na vulneração da ordem pública, a fim de se distinguir uma nulidade da outra, uma primeira pergunta que deve ser feita é se essa especificação

¹²⁰² SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 92.

¹²⁰³ A respeito do tema, interessante consultar: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

¹²⁰⁴ A respeito dessa aproximação, sobretudo no direito penal econômico, mais recentemente: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

¹²⁰⁵ Neste sentido: BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96-97. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 284-285; MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 140-148.

¹²⁰⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, p. 389.

seria necessária, sendo de se indagar, antes de tudo, se seria possível indicar alguma norma no processo penal que não tutelasse o interesse público? Afinal, se todas diseresem respeito ao interesse público, não haveria o que especificar. A nosso ver, é isso que ocorre, sendo difícil vislumbrar alguma norma e ato processual que não sejam postos em prol de algum interesse público. Tamanha é a dificuldade na separação entre o que constituiria violação da norma de interesse público e interesse particular que, entre nós, no direito processual civil, José Joaquim Calmon de Passos afirma que, ao longo de toda sua vida:

“... até esta data ainda não consegui identificar uma forma processual que tenha sido estabelecida no exclusivo interesse de uma das partes do processo”¹²⁰⁷.

Ora, se é assim para o processo civil, que se dizer do processo penal?

Em se tratando de vícios que estão sujeitos ao regime das nulidades – que, por sua natureza, são imperfeições que se consideram especialmente graves (afinal, caso contrário, seriam meras irregularidades) – é imperioso reconhecer que as normas que disciplinam todos esses atos jurídicos ostentam inequívoco interesse público.

O direito processual penal lida com os valores da mais alta significação social: em prol do alcance da justiça, mediante a irrenunciável busca da verdade, procura-se, de um lado, a punição dos delitos, tutelando-se as vítimas e, mediatamente, a própria sociedade e, por outro, garantir os direitos fundamentais do imputado, seja ele inocente ou até mesmo culpado (haja vista a prevenção das reprimendas cruéis e arbitrárias).

Por isso, **caso fosse instituído apenas o critério da violação da ordem pública**, seria muito difícil vislumbrar alguma nulidade que não fosse absoluta no processo penal.

Não haveria, portanto, lugar para as nulidades de ordem relativa.

A esse respeito, em seu tempo, já ensinava Galdino Siqueira que, “em processo criminal as nulidades são sempre *absolutas*, visto *consistirem* só na preterição de formalidades solenes e substanciaes, prescriptas em atenção ao interesse publico,

¹²⁰⁷ CALMON DE PASSOS José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 136. A princípio, em sentido contrário apresenta-se o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque, o qual discorre que “não é convincente a tese da relação necessária entre *procedimento* e *interesse público*, o que determinaria a observância rigorosa do rito, sob pena de nulidade do processo. Ao prever as regras procedimentais, o legislador imagina ser aquela a forma mais adequada para o correto desenvolvimento do processo. Mas se, em determinada situação concreta, o descumprimento de determinada exigência formal relacionada ao rito não comprometer o objeto imediato da norma, nem o escopo maior do processo, e desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há por quê reconhecer relevância ao vício” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 67). Porém, ressalva o referido Autor que “não se nega a existência de interesse público na regulamentação do procedimento. Afinal, ela resulta da avaliação prévia feita pelo legislador sobre a adequação de meios. Mas, com Galeno Lacerda, insiste-se em acentuar a maior relevância do fim, valor principal na interpretação da forma processual. O interesse público na determinação do rito está na garantia de outros valores, não dele mesmo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 67, nota de rodapé n. 87). Entendendo que é possível separar interesse particular do público dentro do processo civil: SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 104.

incabível a distinção peculiar ao processo civil de *nullidades absolutas e nullidades relativas*, aquelas referentes ao interesse público e estas a interesse privado”¹²⁰⁸.

Por isso, como aponta Antonio do Passo Cabral, “é problemático fulcrar na ordem pública ou no interesse público o traço distintivo da nulidade absoluta. Trata-se de conceitos fluidos, de significação imprecisa, ensejando decisões subjetivas ou com alto grau de arbitrariedade. Curiosamente, grande parte da doutrina brasileira aplaudiu a formulação de Galeno Lacerda, p. ex., ao diferenciar, com base no interesse público estatal, as nulidades absolutas ou relativas”¹²⁰⁹. A rigor, toda nulidade, seja qual for ela (se absoluta ou relativa), sempre dirá respeito a uma questão de ordem pública.

Deve-se atentar que não está errado falar que a nulidade decorra da violação da ordem pública. De modo algum. O que é equivocado é tentar utilizar esse critério vago e genérico para distinguir as nulidades processuais em absolutas e relativas, vendendo-se a falsa ideia de que, com essa simples diferenciação, seria possível se fazer a distinção, o que é incorreto, já que todas as nulidades no processo decorrem e são reconhecidas em prol do interesse público. Nem seria válido especificar as situações de ordem pública, para melhor procurar diferenciar as espécies de nulidades, pois, a rigor, todas as normas são pensadas em prol de interesses públicos igualmente relevantes.

Sendo assim, *apenas* a clássica divisão fulcrada na ordem pública não serve para diferenciar uma nulidade da outra, já que ambas as nulidades (tanto absoluta quanto relativa) são reconhecidas sempre em prol do interesse público.

Ratificam-se, inteiramente, as sábias palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, quando o Autor muito bem afirma e, magistralmente, ensina - ao tratar do dilema dos tipos de incompetência (absoluta/relativa) e da dificuldade em se identificar o interesse público/privado - que: é “**melhor deixar de lado discussões bizantinas (...) e analisar as regras de direito posto**”¹²¹⁰. É o que procuramos fazer, neste trabalho.

3.6.1.1.3.2.2. O critério da vulneração dos direitos e garantias fundamentais.

Procurando um melhor critério para bem diferenciar as nulidades em absoluta e relativa - melhor dizendo: que não seja tão genérico e abstrato quanto o da vulneração da ordem pública – a doutrina chegou ao critério da violação de um direito ou garantia fundamental. Dessa forma, segundo expõe Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “no processo penal há nulidade absoluta toda vez que for violada uma **regra constitucional**

¹²⁰⁸ SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2.ª ed. São Paulo: Magalhães, 1937, p. 417.

¹²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 82.

¹²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 608 (destacamos).

sobre o processo. (...) em tal contexto, a violação das garantias constitucionais não dará lugar a nulidades relativas. Ao contrário, acarretará a nulidade absoluta ou a inexistência do ato”¹²¹¹. Portanto, havendo um vício processual sujeito ao regime de nulidades, uma vez este acarretando a violação de algum direito ou garantia fundamentais, por essa doutrina, haverá nulidade de ordem absoluta¹²¹². Caso contrário, inexistindo violação de algum valor constitucional, sendo o vício sujeito à anulação, haveria nulidade de ordem relativa.

Trata-se de classificação célebre, difundida pela doutrina constitucional, podendo-se citar, em processo penal, especialmente, a obra *As nulidades no processo penal*, de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes.

Cabe destacar que essa concepção das nulidades processuais já era cultuada há algum tempo pela doutrina, sendo difícil precisar o seu exato surgimento, podendo-se citar, em períodos recentes, a tentativa de implementá-la na alteração do Código de Processo Penal (Anteprojeto José Frederico Marques), que procurou aliar a nulidade à vulneração de valores fundamentais, como, por exemplo, o contraditório¹²¹³.

Também assim está no Código de Processo Penal Modelo para a Ibero América, em seu artigo 227: “Defectos absolutos. No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la ley fundamental y por los tratados suscritos por el Estado”¹²¹⁴.

Cabe destacar que o critério da vulneração dos direitos e garantias fundamentais, da *atipicidade constitucional*¹²¹⁵, **apesar de ser correto**, sofre do mesmo inconveniente

¹²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 576.

¹²¹² “Desta feita, toda a violação à Constituição da República, com conteúdo de garantia, constitui, por si só, nulidade absoluta, com inquestionável prejuízo, em um primeiro plano, à nossa ordem constitucional e, em um segundo, à parte lesada” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 305). Neste sentido segue o teor do Código de Processo Penal do Paraguai (artigo 166º): “NULIDADES ABSOLUTAS. Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquéllas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código”. Consulte-se em: www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cpp.pdf.

¹²¹³ Assim constava em uma das consantes (re) formulações do Projeto de Novo Código de Processo Penal (Projeto José Frederico Marques), conforme consta da portaria n. 320, de 26 de maio de 1981 (do PL 633/1975): Art. 203. “A nulidade dos atos do processo deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão, salvo: I – quando se tratar de nulidade insanável; II – quando a parte provar legítimo impedimento; III – **quando, por violação do contraditório, ou regra a ele inerente, houver prejuízo substancial à defesa do réu**”.

¹²¹⁴ O Código Modelo pode ser consultado em: www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo.

¹²¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 22. Também Juliana Garcia Belloque: “tratando-se de atipicidade constitucional, por violação a normas de garantia da Constituição da República, a nulidade será absoluta” (BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003, p. 171).

que o anterior, alicerçado na violação da ordem pública: também ele se mostra impreciso para diferenciar uma nulidade de outra, já que a violação de um valor fundamental sempre será um pressuposto para o reconhecimento de toda e qualquer nulidade.

Apesar de se vender a ideia de que o critério em comento melhor distinguiria as nulidades, o fato é que não ele não serve para diferenciá-las, já que, em processo penal, não é possível vislumbrar uma norma sequer que não tutele, ainda que por via indireta, algum direito ou garantia fundamentais.

Ainda mais hoje, com a Constituição da República de 1988, a qual, conforme expõem Anna Cândida da Cunha Ferraz e Fernanda Dias Menezes de Almeida, notabiliza-se pela “marcante generosidade do constituinte na acolhida de tudo, e mais um pouco, do que a modernidade constitucional consagra a respeito”¹²¹⁶.

Não é por outra razão que o Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, disse, em sua sabatina, diante do Senado Federal, que “a Constituição brasileira trata de tudo, só não traz a pessoa amada em três dias”¹²¹⁷.

A doutrina, talvez, para aplacar essa generalização, tenta especificar as situações em que haveria nulidades processuais de ordem absoluta, focalizando a sua ocorrência na *vulneração da garantia do contraditório*, na qual sempre haveria prejuízo¹²¹⁸. Em que pese o exposto, em processo penal, essa restrição seria inapropriada, pois há nulidades evidentes que não decorrem apenas da violação do contraditório¹²¹⁹.

Portanto, a diferenciação exposta (pautada na vulneração dos direitos e garantias fundamentais), igualmente à violação da ordem pública, não é útil e eficaz para diferenciar as hipóteses de nulidades processuais (em absolutas e relativas).

Na verdade houve uma burla de etiquetas ao se trocar a violação da ordem pública pela violação da ordem constitucional (ou com *status* de garantia fundamental).

A doutrina retirou o termo “ordem pública”, pondo em seu lugar, “a Constituição e as normas de direitos fundamentais”: contudo, isso não trouxe mudança substancial e não veio a resolver os problemas que tanto têm afligido o intérprete e os operadores do direito.

Dada a sua grande generalidade, não tendo o condão de diferenciar as hipóteses de nulidades, o fato é que, na prática, o critério eleito acaba sendo o escolhido pelo juiz, não sendo por acaso o tratamento peculiar que a jurisprudência vem conferindo à matéria de

¹²¹⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes & FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “A comunicação social e a proteção da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988”. In: Alexandre de Moraes (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 03.

¹²¹⁷ Consulte-se em: g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/constituicao-so-nao-traz-pessoa-amada-em-3-dias-diz-indicado-ao-stf.html.

¹²¹⁸ “A existência de prejuízo está correlacionada com o princípio do contraditório, no sentido de que, não ensejando o contraditório por ausência de comunicação, configura-se, *processualmente*, *prejuízo*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 178-179).

¹²¹⁹ A esse respeito: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova da teoria das nulidades*, p. 242.

nulidade: muitas vezes, vai-se contra a própria literalidade da lei (o Código), que, frise-se, na maior parte dos casos, é bem clara ao separar muitos dos vícios sanáveis e insanáveis (respectivamente: nulidades relativas e absolutas).

Por isso, a (correta) constatação ou a mera inscrição normativa de que a nulidade (frise-se: qualquer nulidade) decorreria da vulneração das garantias fundamentais, apesar de importante, não ajuda a resolver os problemas, pois sempre se pode interpretar que, apesar disso, não houve um prejuízo. Conversando com colegas e pessoas, há no ideário geral das pessoas que a mera inscrição, na norma, que a nulidade decorreria de uma violação aos preceitos fundamentais resolveria muitos dos nossos problemas. Isso não é verdade. A esse respeito, se formos pegar as leis processuais penais da Bolívia¹²²⁰ e da Venezuela¹²²¹ veremos que essa concepção mais “moderna” de nulidade está inscrita lá, o que não faz com que esses países sejam alçados, automaticamente, à condição de modelos, seja em matéria de Estado, seja, propriamente, de garantismo penal: mesmo porque, ao lado dessas inscrições, afirma-se que não haverá nulidade sem prejuízo, ou agravo às partes.

Reitera-se aqui, para evitar mal entendidos: a conscientização quanto ao fato de a nulidade tutelar, sobretudo, direitos fundamentais e normas de garantia é **importante e está correta, haja vista tudo que foi escrito no primeiro capítulo, quanto à relevância dos direitos e garantias fundamentais, inclusive para o sistema de nulidades**¹²²²; ainda assim, o ponto que se quer destacar é que de nada serve apenas sua inscrição (por exemplo: ao se colocar no texto legal que a nulidade tutela direitos e garantias fundamentais) se não houver efetividade e critérios legais claros e bem delimitados para precisar quando haverá, ou não, nulidade de ordem absoluta ou relativa.

¹²²⁰ O sistema boliviano discorre que toda e qualquer nulidade decorrerá da violação da lei e normas inerentes ao sistema constitucional e de garantias. Nesse sentido, o artigo 167º, do Código de Processo Penal da Bolívia: **Artículo 167º.- “(Principio).** No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de la, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código, salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado. En los casos y formas previstos por este Código, las partes sólo podrán impugnar, con fundamento en el defecto, las decisiones judiciales u omisiones de procedimiento que les causen agravio”. Consulte-se em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cpp.html.

¹²²¹ O Código Orgânico de Processo Penal da Venezuela confere um conceito de nulidade absoluta bem amplo: “**Artículo 191. Nulidades absolutas.** Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República” Consulte-se: www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-text-ccp.html.

¹²²² Conforme visto em todos os subitens do item 1.4.

3.6.1.1.4. O prejuízo é sempre presumido em qualquer nulidade e a distinção entre nulidade absoluta e relativa deve estar na lei, apenas para fins de preclusão.

Sendo todos os vícios sujeitos às nulidades imperfeições de natureza 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, de certa forma, 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”¹²²³.

Presume-se, geralmente, o que ordinariamente acontece. Pressupondo-se que a lei não foi instituída inutilmente (o que é uma presunção relativa) e que a forma legal serve a alguma finalidade reputada relevante pelo legislador, não é difícil concluir que o vício ocorrido, quando sujeito ao regime das nulidades processuais, deva ter frustrado alguma finalidade normativa. Afinal, “se há um modelo ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, **o normal é que tal atipicidade gere prejuízo**”¹²²⁴. Sendo assim, não há, em realidade, um ônus específico para quaisquer das partes (o que vale tanto à defesa quanto para a acusação¹²²⁵), para provar o prejuízo.

Todo e qualquer vício, que é sujeito ao regime das nulidades processuais penais, implicará uma presunção de prejuízo.

A imperfeição do ato (sobretudo a de cunho formal) sempre será um forte indício de nulidade, qualquer que seja o seu tipo (absoluta ou relativa).

O prejuízo é sempre presumido em qualquer hipótese de nulidade processual, pois, caso contrário, se aquele determinado modo de praticar o ato não fosse importante, o legislador não o teria previsto. Ter-se-ia optado pela liberdade das formas em vez da sua legalidade. Assim, se o legislador chega a prever um determinado modelo para que o ato

¹²²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 578.

¹²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 578.

¹²²⁵ Geralmente, a doutrina só fala da ausência de ônus da defesa, pontuando que não haveria ônus em provar o prejuízo, porque o acusado não precisaria demonstrar absolutamente nada em processo penal; o ônus é sempre da acusação, de modo que o *error in procedendo* não dispensa a aplicação do *in dubio pro reo* (Nesse sentido, consulte-se: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 286). Para nós, a inexistência de ônus não decorre, especificamente, do *favor libertatis* (questões de direito), mas porque se presume que a realização imperfeita do ato jurídico vulnera uma função ou finalidade legal (caso contrário, o ato não seria previsto para ser praticado daquele modo). Sendo assim, a mesma lógica se aplica à acusação.

seja praticado é porque entende que é dessa forma (e não de outra!) que ele cumpre melhor todas as suas finalidades. Insista-se mais uma vez: o exposto vale tanto para o vício que dá ensejo ao reconhecimento da nulidade relativa quanto para a nulidade absoluta.

É um pouco forçado, portanto, pretender sustentar que a nulidade relativa, em tese, também não acarretaria uma violação de algum valor fundamental, sendo equivocados, na seara processual penal, pretender diferenciar uma nulidade da outra por esse critério.

Há quem, diante desse quadro, pretenda extinguir a diferenciação entre nulidades de ordem absoluta e relativa¹²²⁶. De fato, **não existe um critério material apto** a distinguir uma nulidade de outra, com base só no direito (fundamental) violado. Mesmo porque, 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 as nulidades em absolutas e relativas. Caso se fizesse isso, colocando-se, por exemplo, que a nulidade decorrente da infração ao juiz natural seria relativa e a que aquela decorrente da violação do direito à ampla defesa seria absoluta, estar-se-ia hierarquizando os direitos fundamentais, o que se mostra inadequado.

Igualmente impróprio seria instituir (como quer parte da doutrina¹²²⁷), na resolução dos problemas envolvendo as nulidades, um critério de ponderação de valores/princípios no caso concreto. Afinal, se nem os maiores juristas que cuidam do assunto e que se debruçam sobre ele, durante anos a fio, se entendem a respeito do tema, que se dizer do cenário que haveria (e que, de certa forma, em parte já existe¹²²⁸) se os juízes tivessem que lidar com todos esses 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 depedçam 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 sentido de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a

¹²²⁶ 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, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 101-141. No processo penal, contra a divisão, por reputar muito artificial e contraproducente: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 355, 448; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 428; 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. No direito estrangeiro, contra a dualidade nulidade relativa/absoluta, sobretudo para o sistema de garantia ao acusado: BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 87.

¹²²⁷ Essa é a solução aventada por Alexandre S. Marder para resolver os problemas na matéria das nulidades: MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*, p. 121.

¹²²⁸ 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.

jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* -, a *segurança jurídica* estará sendo *depedaçada*”¹²²⁹

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 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 cunho formal, 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.

3.6.1.2. A(s) causa(s) de saneamento dos vícios processuais: a nulidade e a preclusão.

O que verdadeiramente caracteriza e diferencia uma nulidade de outra é o fato de, na nulidade, absoluta, o vício ser insanável (isto é, poder ser alegado e reconhecido a todo e qualquer tempo) enquanto que na nulidade relativa o vício ser sanável.

É óbvio que incumbirá ao intérprete analisar se os critérios eleitos pelo legislador (quanto à sanabilidade dos vícios: a escolha dos vícios e dos prazos previstos) foram razoáveis e constitucionais. Sempre se poderá fazer um juízo de constitucionalidade da lei.

A preclusão da possibilidade de arguir a nulidade pelo fator tempo é o principal instrumento de saneamento dos vícios processuais, com vista a evitar, sempre que possível, a renovação do ato, ante o pronunciamento da nulidade.

Embora não se fale a respeito, cabe destacar que a nulidade já é em si uma espécie de **saneamento do vício processual**¹²³⁰, sendo, contudo, uma causa de sanção custosa, já que, em regra, implica a perda do ato nulo, com a sua renovação, ainda mais quando isso se dê em fase bastante avançada do processo. Para evitar isso, há o instituto da preclusão,

¹²²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21-22.

¹²³⁰ Geralmente, se fala em “SANEAMENTO DA NULIDADE”, e não do VÍCIO. Não é o mais correto, já que a nulidade, em si, não é o vício tampouco constitui um mal, não havendo razão para ser sanada. O que deve ser sanado é o vício, em relação ao qual a nulidade funciona como uma causa saneadora.

reputando-se sanado o vício quando a suposta nulidade não é alegada em tempo oportuno. Embora se possa questionar se a preclusão na alegação da nulidade seria mesmo uma causa saneadora, já que haveria apenas o encerramento da discussão quanto ao vício e à nulidade, é possível qualificá-la como sanção. A passagem do tempo faz presumir que, ainda que houvesse vício, não há mais mácula ao processo. O transcurso do tempo, com o término do prazo preclusivo, cria uma **nova situação jurídica**¹²³¹, podendo-se inferir, por definição legal (o lapso da preclusão), que o valor violado pelo vício restou restaurado no curso do processo. Seria absurdo se, após esse prazo, se pudesse ainda afirmar que o processo seria viciado, ou mesmo inválido (para aqueles que entendem que a invalidade preexistiria à decisão judicial). Fazendo um paralelo, do mesmo modo que, institucionalmente, não se discute mais da correção ou justiça da última decisão, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal, o mesmo vale para o transcurso do lapso temporal para se alegar a nulidade no curso do processo: tendo este sido atingido, não mais se questionada da (in)validade do ato, pois o vício, ainda que relevante, deixou de sê-lo, *e a validade do ato então viciado* (pois não houve decisão judicial pronunciando a nulidade, e o ato, até aquele momento, para todos os efeitos, é válido¹²³²) *acaba sendo convalidada, definitivamente, pela preclusão*.

Uma das principais causas de saneamento das nulidades reside na preclusão por falta de alegação do vício em tempo oportuno durante o curso do processo.

Tal causa de saneamento só se aplica às nulidades de ordem relativa, sendo que as nulidades absolutas são sempre hipóteses de vícios insanáveis, que podem, contudo, em alguns casos, ser alegadas até mesmo após a formação da coisa julgada, o que é admissível quando se tratar de uma nulidade que beneficie o imputado.

Seria interessante se houvesse a instituição de prazos preclusivos mais claros para quase todas as nulidades processuais. Isso evita surpresas e as chicanas jurídicas, pois, muitas vezes, procedimentos são anulados, sendo que o vício é suscitado somente em fase já bastante avançada do processo, como estratégia da parte. Não se está com o exposto, de jeito algum, a censurar, por exemplo, a defesa, que aproveita (licitamente) todas as chances que tem para bem defender seu cliente e evitar a condenação e a aplicação da pena. Esse é o seu papel. Contudo, incumbe à lei não propiciar que situações desse tipo ocorram. Uma boa medida para tanto, a nosso ver, seria a previsão de prazos preclusivos.

¹²³¹ Recuperando um pouco do que foi dito no item 3.3.5., poder-se-ia aplicar, aqui, a teoria de James Goldschmidt, das situações jurídicas, desde que, por óbvio, essa situação jurídica venha bem delineada, por critérios legais (prazos preclusivos certos e objetivos), e não por inferência judicial, como vem se fazendo.

¹²³² Recapitulando o que foi dito no item 3.4.5., da natureza jurídica constitutiva da decisão que pronuncia a nulidade.

Se houver um critério bem delineado na legislação, com um prazo razoável, claro e objetivo para as partes arguirem as nulidades, não vislumbramos qualquer problema ou inconstitucionalidade nessa “relativização” (de cunho mais objetivo e claro).

A pior relativização é aquela feita pelo juiz, conforme a sua cabeça, o qual pega as partes de surpresa e só propicia injustiças.

Não dá para o questionamento quanto à ocorrência da nulidade processual pairar para sempre, *ad eternum*¹²³³. Se não houver um prazo legal, é certo que, de uma forma ou de outra, o aplicador vai criá-lo (melhor dizendo: irá forjá-lo), nem que seja interpretando que não há prejuízo (ainda que, no caso concreto, seja ele evidente), como ocorre hoje.

É melhor termos uma lei com soluções intermediárias (ainda que se questionem os critérios preclusivos das nulidades), mas que ainda assim tenha alguma plausibilidade e possa ser implementada (em termos de efetividade do direito, em prol de uma melhor tutela dos direitos e das garantias). É preferível o exposto a termos uma lei fantástica (do ponto de vista dogmático), perfeita e impecável na teoria, mas de aplicabilidade e/ou efetividade zero, levando o juiz a ter que criar soluções *contra legem* e absolutamente questionáveis (ao transformar o texto normativo em vigor em outra norma jurídica, por meio da interpretação/aplicação jurídica).

Contra a instituição de prazos preclusivos para a alegação e o pronunciamento das nulidades, poder-se-ia argumentar com a sua suposta inconstitucionalidade, por vulnerar o sistema de garantias, pois a maioria das nulidades tem relação com os valores considerados mais importantes do ordenamento jurídico. O argumento, contudo, não se sustenta, pois, no procedimento penal, há, de ambos os lados (do pólo ativo e passivo), a tutela de direitos da mais alta significação social. Como afirma Antonio Scarance Fernandes, “o direito ao procedimento processual penal é, em síntese, direito a um sistema de regras e princípios que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal”¹²³⁴.

A instituição de prazos preclusivos tem em vista evitar que o processo seja utilizado para estratégias, ao se fazer da alegação da nulidade um litígio paralelo (a última carta na manga), conferindo, assim, maior segurança jurídica a todos os seus envolvidos, em prol da realização da justiça. Evita-se, com isso, que o procedimento penal seja anulado desnecessariamente, quando passados anos da prática imperfeita do ato. Já

¹²³³ Com todo respeito ao entendimento de Ricardo Jacobsen Gloeckner (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 355, 455), mas não é possível pensar em um processo em que todos os vícios sujeitos às nulidades sejam insanáveis e não preclusivos. Também não concordamos com Aury Lopes Júnior quando afirma que “o conceito de convalidação como decorrência da preclusão, é inadequado” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 430).

¹²³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 43.

que no processo penal se discutem fatos da mais alta significação, que envolve, de todos os lados, direitos fundamentais, é de bom evitar que o processo seja transformado em um instrumento de astúcia, de armadilha, no qual vence não aquele que tem, de fato, razão, mas sim o que soube fazer valer as brechas que a lei lhe confere.

Lembra-se, no ponto, que o acesso à justiça (entendido em sentido material¹²³⁵, de efetividade da tutela que se pede) também é um direito fundamental, sendo que a(s) vítimas(s) não tem só um mero interesse quanto à resolução da controvérsia penal, mas também tem direito a ver o seu suposto agressor ser punido pela ofensa praticada. Afinal, não fosse assim, o direito à propositura da queixa crime subsidiária não estaria inserido dentro da Constituição no capítulo dos direitos e garantias individuais¹²³⁶.

É certo que se poderia ver na preclusão da alegação nulidade, em certo sentido, a relativização de direitos fundamentais, já que não mais se discute a violação de um direito decorrente do vício. Ao se relativizar uma nulidade, mediante a instituição de prazos para o seu reconhecimento, estar-se-ia, em certo modo, flexibilizando direitos fundamentais, já que não haveria tutela do direito violado.

Ora, ainda que assim seja, não há nada de extraordinário nisso.

Não é correto defender que direitos fundamentais não possam ser relativizados, segundo critérios objetivos e proporcionais.

Se as nulidades não pudessem ser relativizadas (mediante a instituição de prazos preclusivos) já que dizem respeito aos direitos e às garantias fundamentais, a rigor teríamos que ser todos coerentes e passar a defender que mais nenhum crime poderia ser prescritível (já que o crime sempre implica uma ofensa a algum direito fundamental). Ora, ofendendo a prática criminosa um direito fundamental (da vítima), por essa lógica, o fato é que ele não poderia ser prescritível. Evidentemente, da mesma forma que o crime deve prescrever (por questões de segurança jurídica), não há nada de errado no fato de a alegação de nulidade estar sujeita a prazos preclusivos (por questões de segurança jurídica, em prol de uma melhor e profícua administração da justiça e, conseqüentemente, melhor apuração do fato).

Certamente, essa relativização deve ser bem dosada e se mostrar proporcional, devendo estar legalmente prevista, mediante critérios claros e objetivos. Não cumpre a este estudo entrar no mérito de como o legislador deveria fazê-lo. O norte já foi dado: o melhor modo de lidar com as nulidades (muito melhor que ficar discutindo prejuízo, o qual é quase sempre ínsito à violação de uma forma sujeita ao regime das nulidades) é pela instituição de prazos preclusivos. Como fazer isso, o modo de instituir esses prazos, sai, por certo, do cerne deste estudo, pois envolve critérios legislativos de ponderação de valores, bem como

¹²³⁵ ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: RT, 2007, p. 71.

¹²³⁶ Artigo 5.º, inciso LIX, da Constituição da República.

de razoabilidade. De todo modo, os prazos preclusivos não podem ser nem muito dilatados nem muito compactos. Também a descrição típica não pode ser muita vaga, a exemplo da menção genérica de que a nulidade deveria ser alegada no primeiro momento oportuno.

Repita-se, em síntese conclusiva: não há nada de errado em o legislador prever prazos preclusivos para alegação dos vícios. Segundo ensina Roberto Delmanto Júnior, ao falar de prazos peremptórios para interposição dos recursos, “se não houvesse preclusão, os processos restariam eternamente indefinidos”¹²³⁷. O mesmo vale para a nulidade, que, sem prazo de discussão, poderia se transformar, *ad eternum*, em discurso retórico para ambas as partes para desqualificar uma apuração idônea e legítima.

Mas tudo isso deve estar na lei, de modo bem claro e objetivo.

O que não pode é o intérprete, a seu livre critério e senso de justiça, transformar em sanável um vício que A LEI reputa insanável. De todos os tipos de relativização (legítima) das nulidades, a preclusão é o que menos vulnera o sistema de garantias, por ser certo e objetivo. Muito pior é a vulneração que tem sido implementada mediante o não reconhecimento do prejuízo, em casos para os quais se mostra evidente a sua ocorrência.

3.6.1.3. Dos demais norteamientos que conformam a matéria de nulidades processuais.

Ao lado do prejuízo e da convalidação, que a doutrina chama por princípios, e que, aqui, neste trabalho, preferimos tratar como norteamientos (já que princípio há um só), a doutrina elenca uma série de outros “princípios”. Os demais norteamientos que a doutrina denomina por princípios ficariam restritos à (a) causalidade das nulidades, bem como ao (b) interesse. Na verdade, em uma análise mais detida, eles nada mais são que uma reminiscência do prejuízo, não obstante sua análise possa ser feita de modo apartado. Para evitar repetições, preferimos abordá-los nos tópicos do próximo capítulo, ao tratarmos da nossa legislação aplicável à matéria das nulidades processuais.

¹²³⁷ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 311.

CAPÍTULO 4

NULDADES PROCESSUAIS PENAIS: UMA ANÁLISE LEGAL

4.1. Da análise da legislação brasileira aplicável às nulidades processuais penais.

O direito é uma ciência normativa. Trabalha a todo tempo com leis. Se é certo que o seu estudo não precisa se pautar só na norma jurídica, não pode, contudo, prescindir dela. A respeito do exposto, José Joaquim Calmon de Passos bem ensina 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”¹²³⁸. É claro que isso não impede um olhar mais crítico para o direito, isto é, “de reflexões que recolocam o direito no universo mais vasto do humano”¹²³⁹. O que não pode, apenas, é desconsiderar a análise dogmática. Evidentemente, não se quer só leitura de Códigos, não obstante seja importante conhecer e estudar a lei. Aliás, a lei é sempre imprescindível, pois toda interpretação, em direito, começa a partir do texto normativo.

¹²³⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 07.

¹²³⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 07.

Por isso se dedicou um capítulo inteiro ao estudo da lei aplicável às nulidades processuais penais, isto é, do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, excetuados os eventuais radicalismos (para qualquer lado: para só ler a lei, ou, às vezes, para sempre se desprezá-la, em prol de “princípios maiores”, o que, não raro, descamba para pregação ideológica), leitura de Código é fundamental.

A lei é necessária para conferir ordem à convivência social e ao desenvolvimento do indivíduo. Sem lei há a barbárie. Sem lei há bagunça. Sem a lei não é possível nem a liberdade nem igualdade para quem quer que seja. No Estado de Direito Democrático, quer se goste ou não, não existem nem pode existir total liberdade. Onde não há lei, cada um faz o que bem quiser e o que bem entender.

Portanto, a lei é importante e conhecê-la, analisá-la e estudá-la é necessário, para qualquer estudo em direito. Deve-se ter o hábito de ler a lei, pois “quem não lê, quem não conhece, acredita apenas no mensageiro”¹²⁴⁰, no professor, doutrinador ou intérprete da lei.

Começamos com essas ponderações, pois percebemos, do estudo da matéria das nulidades e da sua análise jurisprudencial, que pouca remissão se faz à lei, ao Código de Processo Penal. É comum, no estudo da matéria, ouvir falar só dos grandes princípios, do estudo da doutrina constitucional das nulidades (e de suas regras específicas para a resolução dos problemas), mas muito pouco se fala da lei.

Para chegar a essa conclusão, basta analisar alguns acórdãos dos tribunais, para constatar que também a jurisprudência não tem o costume de analisar a 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 lei.

Um aluno que está tomando conhecimento da matéria, ao estudar a doutrina e ler a lei aplicável, acaba não entendendo nada, pois ambas falam linguagens diferentes.

Se for feita uma interpretação correta das normas do Código de Processo Penal, as diferenças das soluções dadas pela doutrina constitucional (que, muitas vezes, prescinde da análise legal) e pela doutrina legalista (pautada mais diretamente na análise do Código, na letra da lei) são mínimas, pois o Código de Processo Penal vigente, sobretudo hoje, não é um Código antigarantista ou inquisitorial.

¹²⁴⁰ PASCHOAL, Janaina Conceição. Sem título. In: “EXCLUSIVO. Relato de uma uspiana muito estranha. Ou: O ‘território livre’ se encontra com o Construtivismo na Terra do Nunca”. <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/>

Frise-se, para não sermos mal interpretados: a questão consubstanciada na análise e interpretação apenas de ordem constitucional não decorre do fato de a doutrina entender que a legislação seria inconstitucional. Não, pois sequer se faz essa análise, muitas vezes.

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 Constituição); outra coisa é ela não aplicar a lei porque não gosta dos critérios elencados por ela. Ora, quer se goste ou não da lei, sendo ela, a princípio, constitucional, deve ser aplicada. Não existe território livre para o intérprete. Na verdade, a rigor, na matéria de nulidades processuais penais, não é feita a análise constitucional com relação à lei.

Prefere-se, simplesmente, aplicar um entendimento cujo tratamento jurídico a doutrina entende mais adequado àquele previsto no preceito legal.

Comumente, o que se verifica na prática é que o intérprete da teoria das nulidades, quando a sua teoria está de acordo com os termos da lei, faz menção à lei para fortalecer a sua concepção; por outro lado, quando a lei vai de encontro à sua teorização, o estudioso lança mão de outros critérios sem explicar, contudo, porque a lei não seria aplicável.

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

Ser fiel à legalidade, cabe sempre lembrar, é cumprir a Constituição (legalidade).

Caso contrário, vira uma bagunça: ora, cada um vai querer aplicar o sistema que mais lhe convém ou mais lhe pareça acertado: assim será com o professor, que irá ensinar a sua concepção de nulidades, assim será com o doutrinador, que terá a sua construção, assim será com o juiz, que irá aplicar o seu entendimento, com o desembargador e mesmo com o ministro, e assim por diante. Não é por acaso que ninguém se entende nessa matéria.

É claro ser necessário, ao analisar qualquer lei, que se faça uma avaliação prévia quanto à sua (in) constitucionalidade. Isso é fundamental e indiscutível. Concluindo-se pela sua constitucionalidade, entende-se, neste trabalho, que 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.

4.2. O Código de Processo Penal de 1941: panorama geral.

O Código de Processo Criminal vigente, instituído pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, por Getúlio Vargas, foi pensado e arquitetado para determinada época, moldada sob um modelo de justiça alicerçado nas concepções que sustentaram o Fascismo proveniente da Itália. O Projeto que lhe deu origem foi realizado por Cândido Mendes de Almeida, Florêncio de Abreu, Narcélio de Queiroz, Nélon Hungria, Roberto Lira e Vieira Braga.

Não são poucos os que o qualificam de autoritário/ inquisitorial¹²⁴¹.

De fato, tal como foi promulgado, em 1941, o Código de Processo Penal era mesmo totalitário, ostentando uma feição fascista, tendo em vista que seguiu o modelo do Código Rocco, de 1930. Basta ler a Exposição de Motivos para constatar que o Código de Processo Penal italiano lhe serviu de modelo, ao qual lá se faz referência expressa.

“... o Código de Processo Penal de 1941, apesar de ter guardado fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo: é o que se nota quanto ao papel das formas procedimentais no processo penal, enfocadas como mero formalismo, donde a construção de um sistema de nulidades que não condiz com as garantias do acusado”¹²⁴².

Cabe destacar que, nos dias de hoje, muitas dessas críticas endereçadas ao Código ainda vigente 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 essa característica, tendo evoluído, vindo a ostentar, nos dias de hoje, um caráter democrático e garantista.

“O direito, embora possa ser às vezes bastante dogmático, permite que, pelo fenômeno da interpretação, a mesma norma assuma significados diferentes e, muitas vezes, até mesmo, variados, dependendo do momento histórico. E é bom lembrar que nem sempre, como a história já mostrou inúmeras vezes, o que está nas leis corresponde ao que acontece nos processos penais e nos bastidores das cenas processuais documentadas. Muitos episódios ocorrem durante a vigência de uma lei, orientando o sentido de sua aplicação. O principal deles é a modificação da Constituição. (...) O processo penal modifica-se, ainda, sempre que modificadas as estruturas das instituições que acolhem os agentes oficiais que o movimentam. Judiciário, Polícia e Ministério Público têm se transformado consideravelmente nos últimos 50 anos; essa transformação, na medida em que impõem condutas e limites a seus agentes, acabam impulsionando interpretações diversificadas da lei. (...) Independentemente dos fatores assinalados (...) o Código de Processo Penal vem sendo adequado aos novos tempos por leis esparsas”¹²⁴³.

É evidente que há disposições criticáveis no Código. A lei nunca é perfeita e sempre pode ser melhorada. Contudo, analisando o Código de Processo Penal, no seu todo, não é possível qualificá-lo como autoritário ou mesmo inquisitorial.

¹²⁴¹ Nos dias de hoje, confira-se a crítica de: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “Um Devido Processo legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial”. In: Diogo Malan e Geraldo Prado (coord.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 62-63, nota de rodapé n. 148.

¹²⁴³ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 42-45

Também, a nosso ver, ele não pode ser considerado um Código, necessariamente, ruim, ou, como afirma José Frederico Marques, um diploma legislativo medíocre¹²⁴⁴.

O que temos hoje é um Código de Processo Penal que precisa, certamente, de *alguns* reparos, sendo desnecessária, contudo, a sua revogação.

Sempre se deve tomar muito cuidado ao pretender mudar a lei, pois sempre há o risco de se aprovar algo pior. Aliás, uma análise mais crítica implicará a conclusão de que leis recentes, promulgadas no regime democrático, não foram melhores ou mesmo menos repressivas que aquelas editadas à época do Presidente Getúlio Vargas e do Ministro da Justiça Francisco Campos. Ademais, sempre se deve colocar na balança todos os riscos e custos de uma alteração legislativa, sobretudo daquelas mais radicais, pois os juízes, dada a profunda mudança, sempre podem conferir uma nova interpretação ao “novo sistema legal”, às vezes diversa daquela a que se visava, originariamente, com a aprovação da lei.

No ponto, não deixa de ser curioso e irônico que, após diversas reformas pontuais pelas quais passou o nosso Código Processual Penal, sobretudo nos últimos dez anos - reformas essas encabeçadas por professores e juristas de grande renome -, depois de tantas discussões, de tanto esforço e gasto de dinheiro público, queira-se, hoje, novamente, alterar tudo que já foi, anteriormente modificado. Não é revogando tudo e mais um pouco - o Código de Processo Penal, o Código Penal e o próprio Código de Processo Civil (os nossos principais diplomas legislativos) - que serão resolvidos todos os problemas existentes, ainda mais porque muitas das inovações que se pretendem aprovar hoje ou são piores que as vigentes ou são um pouco questionáveis e/ou desnecessárias.

No fundo, o que pode, eventualmente, estar por trás de toda essa ânsia reformista seja a tentativa “simbólica” (ou melhor: “ideológica”) de não só sepultar tais legislações, porque aprovadas em regimes autoritários (leis que, apesar da origem, hoje não mais são autoritárias), mas, sobretudo, de relegar ao esquecimento, ao ostracismo, os nomes de seus idealizadores, como o do Ministro Francisco Campos (na seara penal) ou de um Ministro Alfredo Buzaid (Código de Processo Civil, de 1973, da época da ditadura militar).

Talvez o que se queira com todas essas reformas legais seja apagar uma parte da história (mudando-se as leis e trocando-se o nome de seus fomentadores) para “reconstruí-la” conforme o agrado de parcela da intelectualidade. O que preocupa é que uma parte desses mesmos intelectuais, não obstante se considere democrática, na verdade combate *apenas* algumas ditaduras, apoiando e/ou idolatrando tantas outras.

¹²⁴⁴ Conforme afirma José Frederico Marques: “Ainda aqui, dá-nos mostra o Código de Processo Penal dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3.ª ed. Campinas: Millennium, 2009, p. 397)

Com o exposto, não se está a defender ou a criticar quem quer que seja. Cada pessoa é um oceano: um oceano permeado por diversas correntes, muitas contrárias entre si; um oceano cujo humor é influenciado pelos ventos (nem sempre bons ventos); um oceano cuja profundidade, dimensão e obscuridade (zonas abissais) são impenetráveis.

O exposto acima é apenas de uma triste, sofrida e *desencantadora* (e, quiçá, ao ver de muitos, também inconveniente) constatação, mas que não pode e nem deve ser negada, sobretudo porque evidencia que a semente do autoritarismo sempre está latente e pronta a germinar, mesmo entre os que se consideram e/ou se dizem os mais “libertários”

É fato que o nosso Código de Processo Penal precisa de alguns reparos, inclusive no sistema de nulidades processuais. Contudo, não precisa ser substituído por um outro, 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, ainda hoje, atrasado e, essencialmente, inquisitório, **como se hoje não houvesse excessos e equívocos**, sobretudo por parte de um Congresso Nacional, no qual uma grande parte de seus membros talvez nem saiba o que se votado¹²⁴⁵. Trata-se, com todo respeito, de uma acusação genérica, de um discurso vago, mas que ainda se mantém, e, de certa forma, é contraditório consigo mesmo, pois, cabe lembrar, muitos dos projetos apresentados em 2001 e que deram origem às reformas processuais dos últimos dez anos foram propostos por juristas e renomados professores, pessoas de reputação ilibada e de notório saber jurídico.

No ponto, lembra-se que o discurso pautado apenas no suposto inquisitorialismo ou autoritarismo de uma lei (na origem, descrita por *entulho autoritário*) fez com que se declarasse a “*incompatibilidade*”¹²⁴⁶ de uma legislação que, do ponto de vista criminal, era muito mais branda/benéfica ao imputado se comparada à hoje em vigor. Tratava-se da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967), que foi julgada como não recepcionada pela Constituição de 1988, segundo o Supremo Tribunal Federal (ADPF 130/DF), sob o principal argumento de ter sido promulgada pela ditadura militar. Por uma grande ironia, a imprensa nacional, em sua maioria, aplaudiu o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante essa decisão tivesse acarretado, justamente, um maior endurecimento penal com relação à

¹²⁴⁵ Na própria Assembleia Constituinte, que deu origem à Constituição de 1988, segundo afirma Miguel Reale Júnior, no Programa de TV Roda Viva (Cultura), ocorrido no dia 26.08.2013, a partir de 1 (uma) hora, 24 (vinte e quatro) minutos e 20 (vinte) segundos: ... “eu várias vezes ficava à porta da Constituinte, da Assembleia, da Câmara (...) e os deputados chegavam e diziam ‘o que quê vota hoje, qual a matéria de hoje, o que quê é hoje’” (isso para votar a Constituição!) (...) “é como hoje, a maioria não participa do processo de decisão, é tomado em grupo menor, há um grêmio menor que estabelece o processo decisivo, portanto, dizer que todos tivessem lido, discutido, me parece que um corpo legislativo desse tamanho todos não terão participação tão intensa”. (Consulte-se em: www.youtube.com/watch?v=TUIRkpz1TIE).

¹²⁴⁶ Na verdade: não receptividade pela ordem constitucional de 1988.

atividade da imprensa e dos jornalistas em geral, o que, como bem afirmou Victor Gabriel Rodríguez, constituiu um verdadeiro “tiro no pé”¹²⁴⁷.

Cumpra não cometer os erros de um passado recente.

A aprovação das reformas dos projetos de lei de 2001 foi suficiente para corrigir uma grande parte dos equívocos do Código de Processo Penal¹²⁴⁸.

O que precisamos é de aplicadores do direito que deem efetividade à lei, para que os avanços saiam do papel e surtam, de fato, efeitos práticos na vida das pessoas.

Não adianta mudar a lei se não se muda a mentalidade das pessoas que vão aplicar e interpretar a lei. Exemplo eloquente é a Lei de Execução Penal que, apesar de ser uma lei excelente, do ponto de vista técnico, na prática foi e ainda é um grande fracasso. Outro exemplo é a própria Lei 9.099/1995, apresentada como o “novo”, o “revolucionário”, à sua época; contudo, apesar de sua inquestionável excelência técnica e dos bons propósitos dos seus idealizadores, passados alguns anos, viu-se, na prática, que os intentos legislativos não saíram do papel. Não adianta mudar lei sem mudar mentalidades.

4.3. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal e as nulidades.

Logo na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, redigida pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, discorria-se sobre a necessidade de uma reforma em processo penal, para se atingir uma “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”. Segue a Exposição de Motivos um discurso equivocado, no sentido de que “as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”. Nessa toada, o Ministro faz uma série de considerações pautadas na dicotomia entre sociedade e indivíduo, como se o indivíduo não fizesse parte da sociedade e esta não fosse feita de indivíduos.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente, no que se refere às formalidades e nulidades processuais, pontua:

¹²⁴⁷ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. “Tiro no pé”. *A Folha de São Paulo*, São Paulo, A-3, 04.03.2008. No mesmo sentido: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho & PASCHOAL, Jorge Coutinho. “Lei de imprensa: perplexidades decorrentes do julgamento da ADPF 130-7/DF, pelo Supremo Tribunal Federal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 210, maio/2010; REALE JÚNIOR, Miguel. “Eu não disse?”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, A-2, 06.06.2009.

¹²⁴⁸ Também o argumento de que o Código de Processo Penal virou uma colcha de retalhos devido às reformas pontuais não procede. O Código tem inconsistências sim, mas nada que impeça a sua compreensão. Vigorasse o exposto, teríamos que mudar também a Constituição da República de 1988, haja vista as muitas emendas, sobretudo nos últimos anos...

“No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. **O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo (...). As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alincantinas. (...)** O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos (...) Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série de nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos. O projeto não deixa respiradouro para o frívolo *curialismo*, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que **nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.** Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. **Somente nos casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.**”

É interessante observar a passagem acima, no que tange às nulidades processuais, pois, muito embora o Ministro Francisco Campos tenha procurado construir um sistema processual de nulidades no qual o processo penal seria “aliviado de formalismo”, em que as nulidades processuais seriam “reduzidas ao mínimo” e não deixaria “respiradouro para o frívolo *curialismo*, que se compraz em espiolhar nulidades”, sendo que, “somente nos casos excepcionais é declarada insanável a nulidade”, o fato é que foi erigido um modelo de nulidades que, diferentemente do que se poderia pensar ao ler a Exposição, além de não limitar o reconhecimento das nulidades, pode até mesmo potencializar a sua ocorrência no processo. Isso, é claro, depende muito da interpretação que se faça a respeito da lei, já que na matéria, apesar de haver na letra do Código de Processo Penal hipóteses claras de vícios insanáveis (nulidades absolutas), ainda assim tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm transformando esses vícios em sanáveis (nulidades relativas). No ponto, o que queremos desde logo frisar é que o Código de Processo Penal, no que tange às disposições sobre nulidades, não é uma lei inquisitorial ou atrasada, como se costuma ouvir da doutrina considerada mais progressista. A lei peca pela obscuridade e por ser um pouco confusa, o que pode dar margem tanto a uma correta quanto a uma má aplicação, ainda mais levando em conta os humores do modelo de Estado em que inserida (autoritário ou democrático).

De toda forma, cabe ressaltar que esse não é um problema só do nosso Código de Processo Penal de 1941, sendo, na verdade, um dilema ínsito ao tratamento e à teorização das nulidades processuais penais em qualquer ordenamento jurídico: por um lado, quando o legislador pretende construir um sistema taxativo, fechado (pautado no formalismo, no reconhecimento imediato da nulidade, decorrente apenas do vício), pode-se correr o risco de engessá-lo; por outro lado, caso se queira construir um sistema “arejado”, isto é, mais

aberto e livre no que tange ao pronunciamento das nulidades, há o risco de referendar o arbítrio judicial. Muito pior ficará se for aprovado o Novo Código de Processo Penal, que, na matéria, tratou do instituto de forma absolutamente insatisfatória, de modo vago e genérico, instituído-se o que se pode chamar de verdadeira “generalidade genérica”¹²⁴⁹.

O problema, muitas vezes, decorre da interpretação dada à lei.

O Código vigente 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.

“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

¹²⁴⁹ A matéria das nulidades está disciplinada nos artigos 153 a 161 do Anteprojeto transformado em Projeto de Lei n. 156/2009 (Projeto subscrito pelo Senador José Sarney). No ponto, esperava-se mais do Projeto, pois, em diversos pontos, de modo atécnico, fala-se em nulidade do ato irregular quando se sabe que uma coisa é a nulidade e outra é a irregularidade, de regimes jurídicos diversos. Os dispositivos também pecam pela 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 de modo muito genérico e abstrato. Melhor, portanto, o nosso Código vigente. Ainda no artigo 155, § 1.º, há retrocesso, pois o Projeto fala que as medidas cautelares poderão ser ratificadas, em caso de incompetência. No § 2.º, 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 não é novidade, já que essa disposição consta do Código de Processo Civil (artigo 249, § 2.º), sendo já aplicável ao processo penal por analogia (artigo 3.º, do Código de Processo Penal). O artigo 156 repete o princípio do interesse, ressalvando apenas a posição do Ministério Público como *custos legis*, podendo este órgão, portanto, suscitar nulidade em prol da defesa, o que já ocorre hoje, segundo entendimento relativamente sedimentado nos tribunais. O artigo 157, que cuida da nulidade por incompetência, afirma, sem qualquer originalidade, que se anulam os atos decisórios, podendo ser mantidos os demais, por ratificação. Enfim, nada de novo, podendo o legislador 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 também 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 que a parte tem para falar nos autos. Cabe destacar que essa locução peca pela abstração e generalidade, podendo ocasionar confusão, falhando o legislador nesse aspecto, pela falta de precisão. Os artigos 160 e 161 nada mais são que repetição e cópia do quanto exposto vigente para a causalidade. Enfim, apesar das críticas vorazes ao sistema de nulidades do Código de Processo Penal de 1941, tachado de atrasado, autoritário e inquisitorial, tem-se que a reforma que se quer aprovar não traz, absolutamente, nada de novo, sendo 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.

pela doutrina que passou a exigir que houvesse comprovação de prejuízo mesmo em sede de nulidade absoluta”¹²⁵⁰

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

4.4. O Código de Processo Penal e as nulidades processuais penais.

As nulidades estão localizadas no Livro III, do Código de Processo Penal, que trata das nulidades e dos recursos em geral. Como aponta a doutrina, o legislador não primou pela clareza e congruência ao tratar da matéria¹²⁵¹, o que é preocupante, em se tratando de um assunto tão importante ao processo. A situação é ainda agravada, já que, desde a edição do Código, em 1941, o processo penal passou por sucessivas reformas, sendo que uma pequena parcela dos dispositivos legais referentes às nulidades processuais não foi alterada ou atualizada. Assim, verifica-se que a lei faz remissão a artigos alterados ou revogados, o que dificulta a tarefa do intérprete.

O Código de Processo não cuidou do instituto da inexistência jurídica¹²⁵², não fazendo qualquer menção a ele ou à sua distinção em relação à nulidade. De toda forma, como coloca a doutrina, não seria necessário que lei tratasse da inexistência jurídica, pois “dos atos inexistentes não costuma falar a lei – e nem precisaria mesmo falar: se se pratica um ato tão disforme do modelo legal, que em si mesmo não seja apto a atingir o resultado desejado, não precisaria a lei negar-lhe eficácia”¹²⁵³.

4.4.1. O tratamento do prejuízo no Código de Processo Penal.

Logo no primeiro dispositivo legal do Título I, denominado “Das nulidades”, no artigo 563 está disposto que “nenhum ato será declarado nulo se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”¹²⁵⁴. Conforme se verifica, até pela disposição topológica do

¹²⁵⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p. 41.

¹²⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 396.

¹²⁵² Cabe destacar que, neste trabalho, somos avessos à teorização da inexistência no direito processual penal, conforme analisado no item.3.5.3.3.3.

¹²⁵³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 368. No mesmo sentido: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, p. 97.

¹²⁵⁴ 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”

artigo citado, o prejuízo constitui um dado central, “a espinha dorsal ou viga mestra” para o reconhecimento da nulidade, como pontuam os estudiosos¹²⁵⁵.

Não obstante toda a sua importância, tamanha a importância de o Código Processual Penal estampá-lo logo como o primeiro artigo que cuida da matéria, a lei não indica em que consistiria, precisamente, o conteúdo do prejuízo, mencionando apenas que ele poderia ocorrer em relação à acusação ou defesa¹²⁵⁶.

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 no ordenamento, conforme visto no capítulo anterior¹²⁵⁷.

Apenas mais à frente, no artigo 566, o Código estatui 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 discussão uma espécie de prejuízo, frise-se, em complementação ao artigo 563, do Código de Processo Penal¹²⁵⁸, só que em prol da apuração da verdade no processo, que seja relevante à decisão da causa, como discorrem Magalhães Noronha¹²⁵⁹ e Eduardo Espínola Filho¹²⁶⁰.

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: como bem afirma a doutrina, “é fácil para o juiz dizer que a parte não teve prejuízo; mais difícil é, para esta, demonstrá-lo, pois o juiz, ou tribunal, chega à conclusão de não ter havido prejuízo argumentando com o que sucedeu após o ato viciado, ao passo que a parte, quando impugna, fá-lo no momento em que ocorreu, sem condições de imaginar o que ainda virá a acontecer. Ademais, não se sabe que rumo poderia ter tomado o processo se tivesse sido acolhida *incontinenti* a alegação de

¹²⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 32.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137. No mesmo sentido, ao dizer que se trata de um princípio que constitui a viga mestra do sistema de nulidades: FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11.^a ed. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

¹²⁵⁶ 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.

¹²⁵⁷ Item 3.6.1.1.3.2.2.

¹²⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 137.

¹²⁵⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 332.

¹²⁶⁰ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. V. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d, p. 405, 409.

existência do vício. Por isso, convém olhar com muita cautela e reserva os precedentes judiciais a respeito do assunto”¹²⁶¹.

Afinal, quando deverá se considerar que o ato processual não influenciou na busca da verdade? É importante refletir a respeito.

Efetivamente, não tem mesmo sentido anular um ato que, desde logo, já se saiba não poder influir em nada na decisão da causa. Ocorre que situações assim são muitíssimo 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 que não sabe nada a respeito do fato e tampouco conhece o acusado ou a vítima.

Teria sentido 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 conjunto de contra-indícios para negar a versão/prova da acusação¹²⁶², ou (ii) mesmo trazer elementos importantes na hora de o juiz proceder à dosimetria da pena. Nesta oportunidade, resgatando um pouco do quanto foi afirmado logo no primeiro capítulo¹²⁶³, **também 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 (em prol de um modelo de direito penal mínimo).

As questões relacionadas à dosimetria da pena, às questões de direito, também são relevantes no processo e certamente influem na decisão da causa. O processo penal não se restringe à discussão de questões de fato; também serve à análise de questões de direito¹²⁶⁴.

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

¹²⁶¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. II. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 272.

¹²⁶² Por exemplo, imagine-se uma acusação por apropriação indébita, de alguém que trabalhe há anos em uma empresa. Embora a testemunha não tenha presenciado o suposto fato, e nada tenha a falar a respeito dele, o seu testemunho pode ser muito importante para o deslinde da causa: a testemunha pode falar a respeito do acusado, da sua conduta na empresa, bem como fora dela, de quanto tempo ele trabalha na empresa, se já houve alguma conduta anterior eventualmente desabonadora de sua conduta, sendo que tudo isso pode se revestir de um feixe de indícios a contrariar a acusação. Ademais, nesses casos, a própria descrição da organização da empresa pode contribuir para uma solução justa, pois já tivemos oportunidade de acompanhar caso em que a testemunha discorreu que a desorganização em um banco seria tamanha (todos tinham acesso às senhas do caixa de um e outro colega) que não seria possível imputar, para fins penais, a prática de uma apropriação a um funcionário (já que todos poderiam praticá-lo).

¹²⁶³ No item 1.2.2.

¹²⁶⁴ “É momento de se altarar 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, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 56).

Na prática, o que tem havido é um atropelo e/ou 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, poderia ter o condão de certificar o alcance de uma “verdade”, verdade essa muito questionável, já que obtida em procedimento viciado.

Inverte-se a lógica das coisas, do devido processo legal: ao invés de se concluir que a verdade é legítima ante a obediência das formas e do procedimento penal, tem-se que a verdade alcançada (ainda que por meios tortuosos) teria o condão de subverter as regras do processo. Na verdade, utilizando-se o termo de Maurício Zanoide de Moraes, começa-se a fazer “conta de chegada”: Decide-se antes para depois analisar se o feito deveria ser anulado. Em vez de anular logo o feito, o magistrado, comumente, dá seguimento ao feito, chegando a uma solução que o juiz *considera* ser justa. Somente depois vai examinar a utilidade, o “custo benefício”¹²⁶⁵ na anulação, quando deveria fazer o caminho inverso.

Dada a “justiça da decisão”, e a “obtenção da verdade”, chega-se à conclusão de que, dada essas certezas, não adiantaria anular o procedimento. Por isso, conforme será visto no estudo da jurisprudência (capítulo 5), não são incomuns situações em que se leva o processo viciado adiante e, uma vez sendo proferida sentença condenatória, considera-se não ter havido prejuízo. Ora, se a condenação, em si, não é um prejuízo, seria interessante perguntar o que, afinal de contas, constituiria um prejuízo?

“Mais uma vez se repete um velho chavão: o processo em si (e a demora na decisão da causa) não representa prejuízo para o réu; a condenação não representa prejuízo para o réu; o cumprimento da pena não representa prejuízo para o réu. **Que se haverá de entender, então, como prejuízo?** Assim, de discurso em discurso, encerra-se o julgamento...”¹²⁶⁶

Outra questão a ser sopesada diz respeito à pergunta: quando vício não irpa influir a busca da verdade. Na prática, o que tem ocorrido é que, sob o argumento de que o ato não foi valorado na sentença, a nulidade não teve influência no deslinde da causa, de modo que não houve mácula ao processo. Tal proposição constitui um equívoco e, em parte, um absurdo, 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 imperfeito. Mostra-se muito pertinente a observação de Ricardo Jacobsen Gloeckner, de que, a vingar a 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

¹²⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova da teoria das nulidades*, p. 236.

¹²⁶⁶ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 312 (destacamos).

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”¹²⁶⁷.

No passado, para melhor identificar a nulidade, a doutrina costumava trabalhar com tipos de vícios incidentes nos atos processuais¹²⁶⁸. Modernamente, só isso é pouco, pois o legislador processual penal não pretendeu instituir um sistema taxativo de nulidades.

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 efetivo¹²⁶⁹. Parte da doutrina, contudo, a exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque, no direito processual civil, afirma que o prejuízo pode ser meramente potencial¹²⁷⁰.

Na jurisprudência, tem vigorado o entendimento de que o prejuízo tem que ser efetivo e deve ser comprovado pela parte que alegou a nulidade, não podendo ser reconhecido caso o sujeito tenha contribuído para a imperfeição do ato. Aqui entra em discussão o interesse, que tem umbilical relação com o prejuízo nas nulidades processuais.

A esse respeito, dispõe o artigo 565, do Código de Processo Penal, que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa¹²⁷¹, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

Esse artigo corporifica o primado do “interesse” na alegação da nulidade. Por ele, afirma-se que a nulidade não pode ser reconhecida a favor daquele que lhe deu causa.

Seria, até certo ponto, a consagração na matéria das nulidades do brocardo jurídico ou adágio romano de que ninguém pode alegar em seu favor a própria torpeza (*Nemo allegans propriam turpitudinem auditur*)¹²⁷².

Afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que “*dar causa*, nessa hipótese, não exige dolo ou culpa da parte, mas apenas fato objetivo”¹²⁷³. O primado do interesse deve ser lido com alguns senões, pois, na

¹²⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova da teoria das nulidades*, p. 245.

¹²⁶⁸ Só para se ter uma ideia a que ponto chegava a doutrina a doutrina a anterior à promulgação do Código, José da Costa e Silva Sobrinho chegou a elencar 624 (seissentas e vinte e quatro) hipóteses de vícios e suas respectivas nulidades. A respeito: COSTA E SILVA SOBRINHO. *J. Nullidades do processo criminal*. Santos: Typ. Instituto D. Escholastica Rosa, 1920.

¹²⁶⁹ FERNANDES, Antoni Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 26.

¹²⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 452.

¹²⁷¹ No ordenamento jurídico italiano, de acordo com o Código de Processo Penal de 1988, se prevê que a parte que deu causa à nulidade, se houve dolo ou culpa grave, deverá pagar as despesas da renovação do ato. A esse respeito, segue o artigo 185, § 2.º: “Il giudice che dichiara la nullità di un atto ne dispone la rinnovazione, qualora sia necessaria e possibile, ponendo le spese a carico di chi ha dato causa alla nullità per dolo o colpa grave”.

¹²⁷² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

¹²⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 29.

maioria dos casos que envolvem a nulidade, o vício para o qual a parte possa ter concorrido deve ser fiscalizado pelo juiz. Ou seja, aliado à “torpeza” da parte - que, com o seu comportamento (comissivo ou omissivo), teria causado a nulidade - haveria a própria “torpeza” da justiça, que não desempenhou bem o seu papel de prover a regularidade do feito. A esse respeito, o Capítulo das nulidades processuais deve ser lido em consonância com os demais dispositivos do Código, entre os quais se destaca o artigo 251, que estatui que “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”.

O magistrado, portanto, assume uma função de “garantidor”, sendo, em certo sentido, corresponsável pela ocorrência da nulidade, sendo que, por isso, o artigo 565 deve ter uma aplicabilidade diminuta no processo penal¹²⁷⁴, isto é, somente em casos muitíssimo excepcionais. Um desses casos poderia ser exemplificado com a situação descrita no artigo 256, do próprio Código, em que a lei discorre que “a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la”, que equivale ao artigo 565. De fato, não poderia a parte suscitar a suspeição do juiz – e, por consequência, a nulidade do ato - se foi justamente ela quem deu causa à possível suspeição, chamando o juiz, por exemplo, de “asno” ou a juíza de “baleia encalhada”.

Quanto ao final do dispositivo do artigo 565, do Código, afirma-se que a parte não poderá alegar a nulidade “referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. Cabe ressaltar que, no processo penal, não é incomum haver formalidades que interessam a ambas as partes.

Por exemplo, interessa (e muito) à defesa que os atos acusatórios sejam exercidos no mais completo respeito à lei, pois a persecução penal, para ser legítima, deve se pautar na legalidade. Assim, uma grande parte dos atos, bem como das formalidades que digam respeito, diretamente, à acusação (atividade persecutória) também interessam ao imputado, de modo que poderia o acusado, querendo, alegar as possíveis nulidades decorrentes desses atos (ou de grande parte deles), ainda que, aparentemente, só interessem ao acusador.

A esse respeito, sempre é mencionado o exemplo da audiência de instrução para a qual não está presente o membro integrante do Ministério Público.

¹²⁷⁴ Parte da doutrina dispõe que o interesse só seria inaplicável nas hipóteses de nulidades relativas. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 576; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 29, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná, 2010, p. 278; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289. A nosso ver, mesmo em se tratando de nulidade relativa, ela poderá ser reconhecida, independentemente do interesse, desde que a alegação de nulidade se dê dentro do prazo preclusivo. Isso porque, qualquer hipótese de nulidade no processo penal tutela o interesse público e tem relação (ainda que indireta) com algum direito ou garantia fundamental.

Poderia a defesa, caso o réu fosse condenado, arguir a nulidade do ato?

Parte da jurisprudência, com fulcro no artigo 565, do CPP, entende que isso não seria possível, pois essa seria uma “formalidade” que diria respeito apenas à acusação¹²⁷⁵.

Contudo, pensa-se que essa a nulidade pode ser suscitada pela defesa, na medida em que interessa ao réu que o acusador esteja presente a todos os atos o processo, o que garante a higidez do sistema acusatório, que é pensado, justamente, em prol de uma melhor elucidação dos fatos, ante o afastamento do juiz da colheita da prova¹²⁷⁶.

Ora, a audiência segue uma lógica acusatória, própria de um processo de partes, lógica essa que, obviamente, resta quebrada quando uma das partes não está presente ao ato. Aliás, uma vez estando ausente o Ministério Público na audiência, não é incomum que o juiz queira fazer reperguntas à testemunha, muitas vezes querendo, com isso, fazer as vezes do acusador omissor. Afinal, sem o acusador no ato da audiência, como será possível averiguar se o juiz, ao fazer as reperguntas, está fazendo uso do seu poder instrutório (que deve ser sempre subsidiário) ou está abusando desse poder, para se aliar à acusação?

O prejuízo é evidente, haja vista a quebra do modelo acusatório e do devido processo legal, e tem a defesa interesse na alegação da nulidade, já que a situação pode lhe trazer uma situação mais vantajosa (momento quando já houver sentença condenatória, que será anulada ante o reconhecimento da nulidade do ato).

No que tange à situação da acusação e o primado do interesse na nulidade (artigo 565), há duas situações. Vamos analisar a primeira. (1) uma vez absolvido o acusado, não tem o acusador interesse na alegação da nulidade de vício que apenas interessa à defesa. A rigor, a bem da verdade, interesse (objetivo) ele até pode ter, pois, ao se anular a decisão, não haveria mais sentença absolutória. De toda forma, em prol do *favor rei*, não há como se admitir possa o acusador invalidar uma absolvição, não tendo interesse jurídico.

Mesmo porque, como a defesa, em regra, se manifesta por último, a vulneração de alguma formalidade no processo que diga respeito apenas e tão-somente ao acusado não teria como prejudicar a acusação, que já teve seu momento de se manifestar nos autos. Então, a acusação dificilmente sofreria um prejuízo do vício incidente em ato da defesa.

Em segundo lugar, caso (2) o réu seja condenado, havendo nulidade que beneficie a defesa, haverá, interesse por parte do Ministério Público em alegá-la, já que, como ensina a doutrina, “tal órgão não busca a condenação ‘a qualquer custo’, mas apenas uma condenação validamente obtida, ante a possibilidade de a sentença condenatória viciada

¹²⁷⁵ A esse respeito, elencando julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello: FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 29.

¹²⁷⁶ Nesse sentido: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova da teoria das nulidades*, p. 281-282. Igualmente, em trabalho específico: CRUZ, André Gonzalez. *A nulidade absoluta da audiência de instrução criminal realizada sem a presença do Ministério Público*. São Paulo: All Print, 2009, p. 39.

por nulidade absoluta ser rescindida a qualquer momento (CPP, art. 621, I, c.c. o art. 622). Em suma, o Ministério Público, buscando a correta aplicação da lei penal, terá interesse no reconhecimento de nulidade que, a princípio, somente favorecerá ao acusado. Por exemplo, se o acusado foi condenado, sem que tenha sido aberto o prazo para oferecimento da resposta do art. 396 do CPP, o Ministério Público terá interesse no reconhecimento da nulidade, ainda que, a princípio, tal nulidade ‘interessasse’ somente ao acusado”¹²⁷⁷.

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 dos estudiosos e da jurisprudência¹²⁷⁸, restando assentada em meio às Sumulas das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo (USP).

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”.

Ora, pois, com base nessa clássica divisão, para os vícios insanáveis (ou também conhecidos como ensejadores de nulidades de ordem absoluta), haveria uma presunção de prejuízo, sendo que seria prescindível demonstrá-lo nesses casos, podendo o magistrado reconhecer a nulidade de ofício, a qualquer momento. Já nos vícios sanáveis (isto é, nas nulidades 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.

Como mencionado no capítulo anterior¹²⁷⁹, a doutrina tradicional, ao proceder a essa clássica divisão, peca em alguns pontos. Em primeiro lugar, em todo e qualquer vício

¹²⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 580. O exemplo do interesse do Ministério Público em alegar nulidade que interesse ao réu é clássico em tais casos. Consultem-se: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 6.ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 1010; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 29.

¹²⁷⁸ Súmula 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, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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*.

¹²⁷⁹ Item 3.6.1.1.4.

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 objetivos¹²⁸⁰. 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, isto é, evidente, sendo, praticamente, certo e quase inquestionável, sobretudo naqueles vícios específicos que foram cominados em lei. Caso se demonstre que, ainda assim, não houve prejuízo, nenhuma nulidade deve ser reconhecida.

Ao suscitar alguma nulidade, embora isto seja desnecessário, do ponto de vista teórico, é sempre 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 bom deslinde da causa.

O prejuízo não precisa ser efetivo, podendo ser meramente potencial.

Falar em prejuízo efetivo é exagero e constitui um argumento, na verdade, usado para nunca se reconhecer a nulidade, pois não há como saber se, praticado o ato de outra forma, o resultado seria diferente (mais benéfico à parte).

É suficiente apenas uma expectativa idônea e aferível por argumentos lógicos. Isso porque a dúvida milita sempre a favor da ocorrência da nulidade, já que o vício indica em si, em qualquer hipótese de nulidade, a presunção de um prejuízo. Afinal, se houve, em determinado momento, a quebra da forma prevista para o ato, levando-se em consideração que essa forma não foi prevista ao acaso (elas sempre tem uma função no processo), a dúvida milita a favor da decretação da nulidade. Poder-se-ia trabalhar, também, com o *favor rei* ou o *in dubio pro reo*, no caso da defesa, para se teorizar que o prejuízo poderia ser meramente potencial, militando a dúvida a favor da decretação da nulidade¹²⁸¹.

¹²⁸⁰ “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, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 426).

¹²⁸¹ Na doutrina, adotando esse posicionamento, é o posicionamento de Ricardo Jacobsen Gloeckner, por reputar que “o chamado *error in procedendo* não exime ou limita a aplicação do *in dubio pro reo*” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 286).

Contudo, não é imprescindível recorrer a esses postulados, pois, em qualquer espécie de vício, sempre existe, de certo modo, a presunção de um prejuízo, já que a forma tem uma função e a sua quebra faz com que se presuma que houve a violação dessa função (colocado em prol de um valor relevante no processo).

Portanto, basta a parte (seja a defesa ou mesmo a acusação) colocar na cabeça do juiz a semente da dúvida, consistente na hipótese de que se o ato tivesse sido praticado regularmente haveria uma situação, a princípio, mais proveitosa para si.

Na grande maioria dos casos, tanto a análise quanto a constatação do prejuízo constituirão uma análise meramente lógica.

Apesar de parte da doutrina¹²⁸² e da jurisprudência¹²⁸³ afirmar que haveria juízo de conveniência ou discricionariedade no pronunciamento da nulidade, tal entendimento não parece correto.

Afinal, a discricionariedade implicaria um poder de escolha, de acordo com juízos de conveniência e de oportunidade, dentro de certa margem de liberdade, tal qual ocorre, conforme exemplo trazido por Ronald Dworkin, dentro do “espaço vazio no centro de uma rosca”¹²⁸⁴; Haveria, assim, certa margem de escolha para o agente agir, que pode ser mais ou menos ampla (discricionariedade forte ou fraca), de acordo com o “perímetro da rosca de autoridade especial”¹²⁸⁵ (âmbito de abrangência da discricionariedade em certa matéria).

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 “dentro de alternativas válidas”¹²⁸⁶ que é 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 e no ordenamento jurídico. Não se faz política com o direito e processo penais¹²⁸⁷. Sempre que se pretendeu fazê-lo, a experiência demonstra que o resultado não foi o melhor¹²⁸⁸.

¹²⁸² FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 24.

¹²⁸³ STJ, HC 106.840/MA, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 15.09.2009, v.u.

¹²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50-51.

¹²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 53.

¹²⁸⁶ CARDOSO, José Eduardo Martins. “A discricionariedade e o Estado de Direito”. In: José de Faria Costa & Marco Antonio Marques da Silva (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 830.

¹²⁸⁷ Portanto, não se pode confundir política criminal com política penal. A respeito: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2001, p. 161.

¹²⁸⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 158-159.

Aliás, cabe destacar que, no processo penal, assim como no direito como um todo, em sua integralidade, não há que se falar em discricionariedade¹²⁸⁹, sendo que os poucos “espaços” de liberdade de escolha que existem no processo penal¹²⁹⁰ ou mesmo no próprio direito penal¹²⁹¹ são muito questionáveis.

4.4.2. O rol de vícios do artigo 564, do Código de Processo penal: das condições e dos vícios que dão ensejo ao reconhecimento da nulidade.

Assim está redigido o artigo 564, do Código, ao dispor, em seu *caput*, que “a nulidade ocorrerá nos seguintes casos”, elencando, para tanto, os incisos e alíneas:

“I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II - por ilegitimidade de parte; III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante¹²⁹²; 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 anos¹²⁹³; d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por

¹²⁸⁹ Negando a discricionariedade no direito, pois não caberia fazer juízo de oportunidade onde deve vigorar apenas juízo de legalidade: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*, p. 89-90.

¹²⁹⁰ 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, Jorge Coutinho. “Transação penal: abusividade de sua proposta se inexistente justa causa para a ação penal”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 8, vol. 15, jul-dez./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).

¹²⁹¹ 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, David Teixeira de. *Tipicidade e consequência jurídica do crime*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p. p. 242-244.

¹²⁹² “Não mais subsistem no ordenamento jurídico a portaria ou o auto de prisão em flagrante como outras modalidades de instauração do feito em crimes de ação pública, de vez que, em relação a estes delitos, o art. 129, I, da CF afirmou ser exclusiva a titularidade do Ministério Público, só admitindo, de forma subsidiária, a ação penal privada quando houver inércia no oferecimento da denúncia dentro do prazo legal” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 87).

¹²⁹³ O Código de Processo Penal, no artigo 564, III, aliena c, fala também na necessidade de nomear curador ao menor de 21 (vinte e um) anos. Esse dispositivo, contudo, foi revogado tacitamente pela reforma processual penal de 2003, pois “diante da revogação expressa do art. 194 do CPP, que previa a necessidade de nomeação de curador no interrogatório do acusado menor, pela Lei nº 10.792/2003, restaram revogados tacitamente os demais dispositivos do CPP que previam a nomeação de curador no caso de prisão em flagrante, no inquérito policial e no processo judicial. Consequentemente, deixou de existir a hipótese de nulidade pela ausência de nomeação de curador ao acusado menor de 21 anos” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 582). Neste mesmo sentido: FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*, p. 1025; PONTE, Antonio Carlos da. “Os efeitos do Código Civil junto ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set.-dez./2004, p. 71; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 149.

*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 cópia¹²⁹⁴, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia¹²⁹⁵; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei¹²⁹⁶; 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; **IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.** Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas”*

Do acima exposto, antes, propriamente, de elencar os principais atos processuais cujos vícios, em tese, dariam ensejo à nulidade, o Código de Processo prevê as condições sob as quais todos os atos processuais devem ser praticados.

Essas condições não se referem apenas ao rol de atos descritos no inciso III, mas a todos os atos do processo penal (ainda que não estejam sujeitos ao regime das nulidades).

Quer dizer, caso algum ato não seja praticado dessa forma, a lei prevê a nulidade, estatuinto, nos respectivos incisos, a invalidade por: I – **incompetência, suspeição ou suborno do juiz** e II – **por ilegitimidade de parte**.

Quanto à primeira hipótese (de **incompetência**), nem sempre haverá nulidade, conforme prevê a própria lei. Se vislumbrada (a) logo no início do processo, no momento do primeiro juízo de admissibilidade da acusação, deverá o magistrado apenas remeter o feito ao competente¹²⁹⁷. Apenas isso e nada mais. Caso o juiz receba a acusação e só depois verifique que, por um equívoco, não seria o competente, (b) aí então deverão ser anulados TODOS os atos do processo, em regra, *desde o recebimento da acusação*¹²⁹⁸, sendo que, somente após fazer isso, deverá o feito ser remetido ao juízo competente.

¹²⁹⁴ Com a reforma operada pela Lei n.º 11.689/2008, foi abolido o libelo-crime acusatório do processo penal.

¹²⁹⁵ Com as reformas processuais de 2008, esteja o acusado solto ou preso, hoje é possível a realização do julgamento sem a presença do acusado.

¹²⁹⁶ Com a reforma de 2008, não há mais libelo, como dito, e contrariedade ao libelo. As partes são intimadas para requerer diligências e para indicar testemunhas, consoante artigo 422, do Código de Processo Penal.

¹²⁹⁷ O artigo 109, CPP, dispõe: “se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declarará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior”. A parte a que faz remissão o artigo refere-se ao artigo 108, § 1.º, CPP, que fala que o feito será remetido ao juízo competente, “onde, ratificados os atos anteriores, o processo seguirá”

¹²⁹⁸ Em alguns casos, como já analisado (item 3.3.2.2.2.4), o vício de competência acarretará vício de capacidade postulatória do indivíduo com poder para intentar a acusação (por exemplo: entre representante do Ministério Público federal e estadual), o que acarretará a *invalidade* de todo o processo, desde a denúncia.

Contra esse entendimento poderia ser aduzido que no próprio Código existe o artigo 567 que dispõe que “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”.

Esse dispositivo, contudo, gera alguns questionamentos, pois, a vigorar o exposto, pela leitura da lei, havendo a tramitação do processo perante um juízo incompetente, uma vez reconhecida a nulidade, deveriam ser aproveitados os atos instrutórios, anulando-se, apenas, os atos decisórios. No ponto, esse dispositivo deve hoje ser lido de forma diferente, pois, na época em que foi promulgado o Código de Processo Penal, durante a vigência da Constituição de 10 de novembro de 1937, não havia qualquer referência à garantia do juiz natural¹²⁹⁹, como aponta a doutrina¹³⁰⁰.

O Código fala que a incompetência acarretará a nulidade os atos decisórios.

Ora, sendo a decisão de recebimento da acusação um ato, inquestionavelmente, decisório, haverá também sua nulidade, com o vício de incompetência, nulidade esta que se comunicará a todo o resto do processo. A esse respeito, conforme veremos mais adiante¹³⁰¹, dispõe o Código de Processo penal no artigo 573, §§ 1.º e 2.º: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”; “o juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende”.

Ou seja, invariavelmente, o processo sempre será nulo, como regra geral, desde o recebimento da denúncia (já que nula sempre será essa decisão, em caso de incompetência de juízo).

No que concerne à hipótese de **suspeição do juiz**, prevista no artigo 564, inciso I, o Código de Processo Penal já prevê, em seu artigo 101, que uma vez julgada procedente a exceção de suspeição, ficarão nulos os atos do processo. A princípio, seria desnecessária a repetição disso, novamente, no artigo 564.

A lei não prevê, expressamente, no Título das Nulidades, o *impedimento do juiz*. Como já analisado anteriormente, na parte dedicada aos pressupostos processuais¹³⁰², alguns entendem que o impedimento implicaria a própria inexistência do ato praticado, já que juiz impedido não atuaria, em realidade, como um verdadeiro juiz, faltando-lhe jurisdição, pressuposto de existência do processo¹³⁰³.

¹²⁹⁹ “Não há qualquer referência, na seção dos Direitos e Garantias da Carta de 1937 (arts. 122 e 123), à garantia do juiz competente ou à proibição dos tribunais de exceção” (SILVA, Danielle Souza de Andrade. “Decisão proferida por justiça incompetente: nulidade ou inexistência?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 68, set.-out./2007, p. 199, nota de rodapé n. 35).

¹³⁰⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Alteração de competência da justiça militar”. In: Jaques de Camargo Penteado (coord.). *Juiz penal – 7: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquérito, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crime*. São Paulo: RT, 2000, p. 237.

¹³⁰¹ Item 4.4.6.1.

¹³⁰² Item 3.3.2.2.2.5.

¹³⁰³ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 144. Contra esse entendimento, afirmando ser caso de nulidade: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 295.

A nosso ver, contudo, o impedimento é uma hipótese de nulidade.

A esse respeito, lendo-se o artigo 112, do Código de Processo Penal¹³⁰⁴, constata-se que o legislador, na verdade, unificou o tratamento do impedimento com as hipóteses de suspeição, devendo-se concluir, portanto, que também para as hipóteses de impedimento a resposta conferida pelo ordenamento jurídico ao vício é a nulidade¹³⁰⁵.

Quanto à menção ao **suborno do magistrado**, melhor seria que a lei tivesse utilizado do termo técnico correto, já que o fato é definido na lei penal como crime de corrupção passiva¹³⁰⁶, podendo-se falar também em concussão¹³⁰⁷.

O que a doutrina não discute é se, para que se decrete a nulidade nessa situação, o suborno deveria ser apurado e comprovado em meio à ação penal própria.

Procurando na jurisprudência, não logramos êxito em encontrar uma decisão sequer para tentar verificar como os tribunais solucionam a questão.

Caso se entenda que, para o pronunciamento da nulidade, o prejuízo precisaria ser efetivo e comprovado, a rigor não seria possível reconhecer a nulidade sem que antes fosse apurado o efetivo suborno (a conduta do magistrado) na seara própria: afinal, para todos os efeitos, sem o término definitivo do processo, com sentença penal condenatória, não se poderia concluir que houve suborno, até em prol da presunção de inocência do magistrado.

Para os que - como nós - entendem que bastaria um prejuízo potencial para dar ensejo ao pronunciamento da nulidade, não seria necessário aguardar todo um processo penal autônomo para se apurar o suposto suborno cometido pelo magistrado: frise-se, para *fins processuais*, bastaria uma forte desconfiança consistente em uma alta plausibilidade da ocorrência do fato, denotando a provável ilegitimidade do magistrado para julgar a causa.

No que tange ao artigo 564, inciso II, o Código de Processo Penal discorre que haverá nulidade por **ilegitimidade de parte**.

Cabe destacar que, aqui, a hipótese se refere à ilegitimidade *ad causam*, que leva à sua inadmissibilidade (carência da ação), como bem lembra Vicente Greco Filho¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ Art. 112, CPP: “O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, **seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição**” (grifamos). Sendo assim, se, ao final do processo de suspeição, o juiz declara nulos os atos praticados pelo juiz suspeito (segundo art. 101, CPP), o mesmo vale para as hipóteses de impedimento e incompatibilidade.

¹³⁰⁵ Tendo em vista o exposto, o impedimento não pode servir de exemplo de nulidade não cominada, equivocando-se a doutrina que fala o contrário, a exemplo de: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1014.

¹³⁰⁶ Art. 317, do Código Penal: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”

¹³⁰⁷ Art. 316, do Código Penal: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

No ponto, o legislador se equivocou, pois não se trata, propriamente, de nulidade, mas de invalidade, por falta de condição da ação penal, que não se sujeita ao regime das nulidades (cuja regra é a renovação compulsória dos autos nulos)¹³⁰⁹.

Aliás, a nosso ver, seria totalmente desnecessário esse inciso. Parte da doutrina pensa o contrário. A esse respeito, discorre Vicente Greco Filho que se não houvesse essa previsão, nesse inciso, caso houvesse a dedução de ação penal condenatória contra um menor, “o processo deveria prosseguir até sentença, para que o menor pudesse ser absolvido por inimizabilidade. A cominação expressa da nulidade permite a decretação da extinção do processo assim que constatada”¹³¹⁰. Em que pese o respeito ao entendimento esposado, o inciso é prescindível. Primeiro porque, como já foi mencionado, o caso não é de nulidade; segundo porque a ausência de uma das condições da ação penal está prevista na lei. Assim, mesmo que não houvesse a referida previsão legal desse inciso, dificilmente o menor inimputável seria julgado. Observando-se que a hipótese também diria respeito à própria incompetência, já que a competência para julgar a causa seria da Vara da Infância e Juventude¹³¹¹. Enfim, totalmente prescindível o referido inciso.

Havendo vício por ilegitimidade de parte, deve ser julgada carente a ação, sendo extinto o processo, por falta de condição da ação penal.

Caso, mesmo assim, tenha-se dado prosseguimento ao feito e praticados alguns atos, todos devem ser invalidados (já que se trata de pressuposto processual de validade do processo). Não há possibilidade de sanar esse vício tampouco de ser ratificada a demanda por outro acusador. A respeito da ratificação da acusação, deve ser feita uma observação com relação ao artigo 568, do Código, que dispõe que “a nulidade de ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”. Para evitar futuros equívocos, deve-se deixar claro que o artigo em apreço se refere à *ilegitimidade ad processum* (ilegitimidade do representante da parte).

Portanto, a ratificação somente é admissível nessa única hipótese (ilegitimidade do representante da parte - *ilegitimidade ad processum*), não podendo confundi-la com a

¹³⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 296. Entende Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, contudo, que tem prevalecido que o dispositivo se refere à ilegitimidade ad causam, ad processum e por vício de capacidade postulatória (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 581).

¹³⁰⁹ “O CPP prevê, equivocadamente, a nulidade do processo por ilegitimidade de partes. Os atos nulos devem ser refeitos, ou praticados novamente, de forma válida, mas o processo não se encerrará em razão da nulidade. A ilegitimidade de parte não é de causa de nulidade processual, mas de **extinção do processo sem julgamento do mérito**. Se a parte for ilegítima, o juiz deverá rejeitar liminarmente a denúncia ou a queixa (CPP, art. 395, *caput*, II). Por outro lado, se a ilegitimidade de parte for verificada após já ter sido recebida a denúncia ou queixa, o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 581).

¹³¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 296.

¹³¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 145.

hipótese descrita de ilegitimidade de parte (legitimidade *ad causam*), que é insanável, segundo a sistemática do Código de Processo Penal¹³¹².

No inciso III, em suas alíneas, a lei discrimina as hipóteses em que haveria, em tese, nulidade. São as hipóteses que a doutrina chama por nulidades cominadas, já que para os respectivos atos foram previstas, expressamente, as respectivas sanções de nulidades.

O artigo 564, inciso III, discorre que ocorrerá nulidade “**por falta das fórmulas ou dos seguintes termos**”, elencando um rol de atos (termos¹³¹³), cuja ausência - quer do *ato em si*, quer de *suas formalidades* (descritas na lei por *fórmulas*) - uma vez presente o prejuízo, deve acarretar nulidade. Ou seja, tanto o ATO (considerado em si) quanto a sua FORMALIDADE (frise-se: do ato) poderão faltar no processo, sendo essas as possíveis causas de nulidades. É por isso que a inexistência física do ato em si mostra-se relevante no processo, não podendo ser desprezada, sendo imprecisa, neste ponto, a linha doutrinária que afirma que a inexistência *material* do ato em si “não apresenta importância teórica, na medida em que, em relação àquilo que não existe *in rerum natura*, não se coloca o problema da nulidade ou validade”¹³¹⁴. No ponto, a ausência física do ato representa sim importância, sendo, aliás, uma possível causa de nulidade. Basta pensar na ausência de um memorial final defensivo, a acarretar a nulidade do processo.

Conforme a classificação legal descrita, parece evidente que no artigo 364, inciso III, e alíneas, o Código de Processo Penal pretendeu pinçar algumas hipóteses de nulidades processuais vinculadas a determinados vícios processuais, dando especial destaque não só a esses atos, mas às suas formalidades. De modo que o vício incidente em qualquer deles não só tem o condão de levar à presunção da ocorrência de prejuízo (presunção ínsita a qualquer nulidade), mas de certificar, quase que de modo absoluto, a sua ocorrência.

O rol descrito, segundo pensamos, não foi feito “à toa”, ou melhor, ao acaso.

Caso contrário, convenhamos, não precisaria o nosso Código de Processo Penal enumerar todos esses atos, bastando citar apenas o inciso IV, que finaliza com uma cláusula genérica de que ocorrerá nulidade “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Nesses casos (rol do inciso III), ocorrendo a imperfeição do ato, é difícil não reconhecer a nulidade, pois são atos reputados essenciais ao processo,

¹³¹² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 292.

¹³¹³ A utilização da palavra (termo) não é mais correta do ponto de vista técnico, não tendo sido o legislador muito feliz. Termo aqui está posto no sentido de ato. Contudo, a rigor, tecnicamente, o sentido do vocábulo termo, em direito, significa “limite de um prazo”, seja inicial, seja final, como bem anota Fernando da Costa Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 140).

¹³¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 584.

sendo que, para alguns deles, conforme mais à frente poderemos analisar¹³¹⁵, o Código Processual discorre que o vício é insanável.

Nesse catálogo estão os atos jurídicos que a legislação reputa mais importantes ao processo, sendo eles os seguintes (já feita a devida depuração do que está vigente hoje)¹³¹⁶: (i) a **demanda** e sua **autorização**¹³¹⁷; (ii) o **exame de corpo de delito**¹³¹⁸; (iii) o **exercício da defesa técnica**; (iv) a **intervenção do Ministério Público** na ação penal pública (bem como **na privada subsidiária**)¹³¹⁹; (v) a **citação do acusado**; (vi) o **interrogatório**; (vii) **os prazos da acusação e da defesa**; (viii) a **decisão de pronúncia**; (ix) a **intimação de julgamento do acusado, para a Sessão de julgamento no Júri**; (x) a **intimação das testemunhas arroladas pelas partes, no procedimento da segunda fase do júri**¹³²⁰; (xi) **a presença de pelo menos 15 (quinze) jurados para a constituição do júri**; (xii) **o sorteio dos jurados e a preservação de sua incomunicabilidade**; (xiii) **quesitos do júri**

¹³¹⁵ Item 4.4.4.3.4.2.

¹³¹⁶ Feitas as devidas correções ao Código, pois, com as sucessivas reformas, a lei faz remissão a atos que não mais existem, ou porque inconstitucionais ou porque foram revogados

¹³¹⁷ O Código de Processo Penal, no artigo 564, III, aliena *a*, apesar de falar na representação do ofendido, não fala, contudo na requisição do Ministro da Justiça. No caso, é possível aplicar a analogia, conforme previsão do artigo 3.º, do Código de Processo Penal. De toda forma, fazer toda essa ginástica interpretativa não é sequer necessário. Isso porque a questão se resolve pela falta de condição da ação penal. A esse respeito, cabe destacar que, nesta parte, o Código de Processo Penal se equivocou ao elencar a hipótese como nulidade, pois a ausência de autorização do legitimado para que o acusador ingresse com a demanda se insere nas condições da ação penal (possibilidade jurídica do pedido), que, segundo a lei, leva à carência da ação, sendo, portanto, uma causa de rejeição da demanda, caso verificada no início do processo. Caso o vício só seja analisado no curso do processo equivocadamente instaurado, então, como regra, deverá o processo ser extinto, sendo reconhecida a invalidade dos atos eventualmente praticados, invalidade que não se confunde com a nulidade, pois não há qualquer possibilidade de o juiz ordenar a renovação do ato, já que essa é questão da alçada do legitimado.

¹³¹⁸ Existe uma forte resistência com relação à previsão do corpo de delito como causa de nulidade. Afirma-se que o exame não poderia implicar nulidade, já que pode ser suprido (prova testemunhal), sendo que iria de encontro ao princípio do livre convencimento do juiz. Nesse sentido: GALLI, Ítalo. “O exame de corpo de delito e a disciplina das nulidades do Código de Processo Penal”. *Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo*, São Paulo, n. 9, jul.-ago.-set./1969. Alega-se, em geral, que a sua inserção como uma causa de nulidade é equivocada, pois a ausência do exame de corpo de delito é questão ligada diretamente aos elementos de prova, isto é, ao mérito da imputação, e não à forma. Entende-se, neste trabalho, que se trata também de uma questão de forma, uma formalidade imprescindível para a regular dedução da ação penal, sem a qual não há justa causa. Não há nada que impeça que seja feito o exame de corpo de delito antes da dedução da ação penal: aliás, para o próprio exercício de defesa, é imperioso que o exame de corpo de delito seja feito antes da dedução da ação penal, para que o acusado possa analisá-lo e impugná-lo, logo no momento da resposta à acusação. A ausência de exame de corpo de delito equivale, a nosso sentir, à ausência de justa causa, uma condição da ação penal. Por isso, a sua ausência não leva, propriamente, à nulidade, mas à invalidade do processo, com a sua consequente extinção.

¹³¹⁹ A falta de atuação do Ministério Público compromete a efetividade do contraditório (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 582), o que dificulta tanto o trabalho do juiz, para um melhor acerto do fato quanto – e o mais importante – a atividade defensiva do acusado, que fica sem saber do que se defender e qual a linha de ataque da acusação.

¹³²⁰ “O fato de a mesma lei ter eliminado do procedimento do júri os libelo e a contrariedade não torna ineficaz a norma do art. 564, III, h, persistindo a necessidade de serem intimadas as testemunhas arroladas para o julgamento pela acusação e pela defesa na fase seguinte à decisão de pronúncia” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 109)

e suas respectivas respostas; (xiv) a acusação e defesa, no Plenário do Júri; (xv) a sentença; (xvi) o recurso de ofício, nas hipóteses legais¹³²¹; (xvii) a intimação das decisões de que caibam recursos; (xviii) no Supremo Tribunal e nos Tribunais de Apelação o quórum necessário para julgamento.

Pensa-se que o legislador acertou ao enumerar esses atos.

É claro que todo catálogo pode ser criticável, por omitir um ou outro ato também importante. No entanto, analisando o referido rol, verifica-se que o legislador obteve êxito e foi muito feliz em listar os principais atos do processo.

Do exposto, uma vez constatados tais vícios, e sendo eles, em sua maitoria, sobretudo, insanáveis (nulidade de ordem absoluta), a tendência deveria ser mesmo no sentido de o juiz reconhecer a nulidade, salvo hipótese excepcional de evidente ausência de prejuízo. Na prática, entretanto, não tem ocorrido assim. As nulidades não têm sido reconhecidas nesses casos, o que, a rigor, tem invertido a lógica do sistema processual, haja vista os influxos constitucionais, pois, em todos esses casos, a não decretação da nulidade deveria ser hipótese excepcional.

É óbvio que um vício presente em alguns desses atos acarreta prejuízo; contudo, “graças” ao trabalho da jurisprudência, tem-se flexibilizado o reconhecimento da nulidade.

Trataremos mais detalhadamente dessa “flexibilização” ou, como se queira, dessa “relativização” das nulidades quando falarmos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no próximo capítulo¹³²².

De toda forma, a reforma legislativa que precisaríamos nesse assunto, haja vista a reticência da jurisprudência em reconhecer o prejuízo nesses casos, seria a lei prever, expressamente, atos em que a imperfeição, desde logo, atestaria o prejuízo. Na verdade, esses atos correspondem ao rol de alíneas constante do artigo 564, inciso III, do Código.

Enfim, mais que uma hipótese de prejuízo presumido (lembrando que em todas as nulidades ele se presume), o prejuízo, nesses casos, deveria vir certificado, na lei, pela

¹³²¹ Parte da doutrina entende: “diante dos termos do artigo 129, I, da Constituição da República, entendemos que o art. 574 do CPP foi revogado, sendo inadmissível a existência de recurso de ofício, não obstante encontrem-se entendimentos divergentes a respeito” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 307, nota de rodapé n. 29). O “recurso” de ofício – que, como já dito, é uma condição para a “formação da coisa julgada” – está previsto nos casos de (a) decisão que concede habeas corpus (art. 574, I, CPP); (b) da decisão que concede reabilitação (art. 746 CPP); (c) das decisões de arquivamento de inquérito ou absolvição do acusado, nos crimes contra a saúde pública ou economia popular (art.º 7.º, da Lei n. 1.521/1951). Reconhecemos que esses casos são de duvidosa constitucionalidade. De toda forma, eles não levam à nulidade do processo. Poderiam implicar, quando muito, a nulidade da certidão de trânsito em julgado, caso essa venha a ser certificada erroneamente. Contudo, nesses casos, sendo (e na maioria dos casos será) a decisão favorável ao imputado, a rigor não poderá haver revisão criminal contra ele: de modo que o dispositivo acaba se tornando um tanto quanto inócuo, quando há a certificação, nos autos do processo, do trânsito em julgado.

¹³²² Especialmente nos primeiros itens, do 5.1 ao 5.5, mas com diversos estudos de casos, ao longo do exame dos casos concretos, nos itens subseqüentes.

vontade do legislador. Só assim se evitariam, ao máximo, interpretações capciosas que têm tornado regra o que havia sido pensado para ser a exceção, ou seja, o não conhecimento da nulidade por falta de prejuízo.

Uma última observação: poderia parecer, a princípio, que a lei processual, nas alienas do inciso III, teria pretendido discriminar todas as hipóteses de nulidades (*numerus clausus*). Aliás, uma parte da doutrina chega a defender que o Código de Processo Penal teria adotado um sistema fechado, isto é, taxativo das nulidades processuais, afirmação esta que, com o devido respeito, não nos parece a mais acertada¹³²³.

O Código não pretendeu instituir um sistema fechado de nulidades cominadas, já que, no final do artigo 564, em seu inciso IV, está previsto que a nulidade também ocorrerá por “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Trata-se dos atos cuja nulidade está cominada genericamente (cominação genérica). O ato referido no texto normativo do inciso IV refere-se a todo e qualquer ato processual, inclusive às hipóteses previstas no inciso anterior (aos atos do inciso III).

O rol do inciso III, portanto, não é taxativo, sendo meramente exemplificativo¹³²⁴.

Da conjugação do inciso III com o inciso IV, poder-se-ia-se chegar à conclusão que o Código de Processo Penal pretendeu dividir os atos jurídicos do processo em **ATOS** essenciais (previstos no inciso III) e não-essenciais (ou acidentais)(previstos no inciso IV).

Dentro de todos esses atos (sejam eles atos essenciais ou não) é possível teorizar a existência de **ELEMENTOS** essenciais e não-essenciais.

Como regra geral, **(a) no que tange aos atos essenciais do processo (artigo 564, inciso III, CPP)** a falta de um *elemento* essencial provavelmente levará ao reconhecimento da nulidade (prejuízo). Já a falta de um elemento acidental, nem sempre. **Já no que tange (b) aos atos não-essenciais do processo (artigo 564, inciso IV, CPP)**, a falta de um

¹³²³ Defende Heráclito Antônio Mossin: “Como será sustentado no correr desta obra jurídica, a enumeração das causas de nulidades feitas pelo legislador no art. 564 do Código de Processo Penal não é meramente exemplificativa, mas taxativa, constitutiva de *numerus clausus*, o que implica afirmar-se que não poderão irradiar-se para outras hipóteses. Isso porque se percebe, nos passos históricos do instituto abordado, que a tendência do homem que lida com o direito é criar razões para tornar sem efeito o processo, que não só desestabiliza a Justiça, bem como proporciona incerteza quanto à prevalência ou não do resultado do processo” (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*: 3.ª ed. Barueri: Manole, 2005, p. 16). Embora mais à frente o Autor reconheça que inexistente, no Código de Processo, uma regra expressa fazendo menção à taxatividade, mesmo assim defende que a taxatividade decorreria da “estabilidade da relação jurídico-processual, da coisa julgada e a questão relacionada com a economia processual” (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 77). Na Itália, analisando o seu respectivo sistema legal, comunga da mesma opinião Giuseppe Magliocca, o qual discorre que o fato de haver previsão de hipóteses genéricas de nulidades processuais não derroga o sistema taxativo de nulidades instituído pelo Código italiano de 1988 (artigo 177), já que “tratandosi di una pura e semplice opzione in punto di técnica di normazione, la codificazione di nullità di ordine generale non comporta alcuna deroga al principio di tassatività, imponendo viceversa un approccio esegetico peculiare alle varie figure di atto da sottoporre di volta in volta a scrutinio di validità” (MAGLIOCCA, Giuseppe. “Le nullità”. In: Geobanni Dean (curatore). *Trattato di procedura penale*. Volume primo (doggetti e atti). Tomo II (Gli atti),, p. 366).

¹³²⁴ Nesse sentido: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1008.

elemento essencial poderá levar ao reconhecimento da nulidade, sendo que a falta de um elemento não acidental, como regra, não deveria levar ao reconhecimento da nulidade.

Contudo, apesar dessa divisão ser bem didática em teoria¹³²⁵, na prática é muito difícil discernir o que constitui um elemento essencial ou acidental dentro ato jurídico.

A rigor, vigorassem esses conceitos, ou melhor, essa metodologia, haveria, por certo, muito subjetivismo por parte do aplicador, pois o que é essencial para um não o será para outro (intérprete). **Por isso, ainda que também criticável, a análise da vulneração da ordem constitucional e legal (consubstanciada no prejuízo corporificado em meio à violação de um valor fundamental) será irrecusável em todos os casos**, sendo preferível à análise quanto à essencialidade, ou não, dos elementos que integram os atos jurídicos.

Importa destacar que com o referido inciso IV, o legislador abriu bastante o leque de possibilidades quanto ao reconhecimento das nulidades processuais, além das hipóteses previstas nas alíneas do artigo 564, inc. III, do Código¹³²⁶.

O artigo 564, inciso IV, e isso é importante frisar, diz respeito a **TODOS os atos processuais do processo (sejam eles essenciais ou não)**, e não apenas aos atos estruturais mencionados no inciso III, já que este inciso, a rigor, já fala na ausência das formalidades (fórmulas), para as quais, de modo expresse, o próprio inciso III comina a nulidade.

Ora, de acordo com a melhor regra de hermenêutica, segundo a qual se presume que o legislador não diz coisas inúteis, não é correta a interpretação que pretende restringir o alcance do inciso IV apenas aos atos do inciso III. Afinal, caso o legislador pretendesse que apenas as formalidades dos atos descritos no inciso III dariam ensejo à nulidade, não precisaria elencar um inciso a mais (o inciso IV).

É muito equivocada a interpretação que pretende restringir o alcance da nulidade do inciso IV apenas aos atos descritos no inciso III.

Com o devido respeito, entendemos que, neste ponto, especificamente, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró é impreciso ao sustentar que “na arquitetura do CPP, somente há que se cogitar de nulidade do inciso IV do art. 564, por falta de formalidade, caso se trate de inobservância das formalidades de um dos atos arrolados nas alíneas do inciso III do mesmo artigo”¹³²⁷. Ora, pegue-se o exemplo de um ato de reconhecimento

¹³²⁵ Na teoria, o tratamento do assunto beira uma simplicidade ímpar. Podê-lo-íamos expor assim:

- AUSÊNCIA DE **ATO ESSENCIAL** (inciso III) = NULIDADE (muito provavelmente)
- AUSÊNCIA DE **ATO ACIDENTAL** (NÃO-ESSENCIAL) = A nulidade depende do prejuízo.
- AUSÊNCIA DE **ELEMENTO ESSENCIAL + ATO ESSENCIAL** = NULIDADE (muito provavelmente)
- AUSÊNCIA DE **ELEMENTO ACIDENTAL + ATO ESSENCIAL** = A nulidade depende do prejuízo.
- AUSÊNCIA DE **ELEMENTO ESSENCIAL + ATO ACIDENTAL** = A nulidade depende do prejuízo.
- AUSÊNCIA DE **ELEMENTO ACIDENTAL + ATO ACIDENTAL** = NÃO HÁ NULIDADE (em regra).

¹³²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 294.

¹³²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 588.

pessoal: trata-se, segundo o Código de Processo, de um ato não essencial ao processo¹³²⁸ (não consta do rol do artigo 564, inciso III), o que está inteiramente correto, já que ele pode ou não ocorrer no curso do processo, dependendo da necessidade do caso. Nem sempre ele é necessário a todo e qualquer processo, daí ser catalogado como um ato não essencial. De toda forma, ninguém nega que, uma vez se mostrando ele necessário, possa haver nulidade decorrente da omissão de formalidade essencial.

O mesmo se diga da maioria dos atos instrutórios produzidos oralmente (oitiva da vítima, testemunha, perito, acareação). Nenhum deles é elencado como um ato essencial ao processo pelo Código, o que também está correto, já que nem sempre será necessária a produção de prova oral para se comprovar a ocorrência, ou não, de um fato.

De toda forma, ninguém negará que a preterição das formalidades essenciais, nesses tipos de atos (isto é, não estruturais/essenciais ao processo), possa, certamente, causar alguma nulidade¹³²⁹. Fernando da Costa Tourinho Filho também lembra o exemplo da busca e apreensão, que não é um ato essencial ao processo (o que é acertado, pois nem sempre será necessário em todo e qualquer processo), mas que, mesmo assim, poderá ser anulado, por ausência de alguma formalidade essencial a esse ato¹³³⁰.

Portanto, aquela interpretação, que reputa que para existir nulidade do inciso IV seria necessário que o elemento essencial se referisse a algum ato do inciso III, com todo o respeito, mas não parece a mais acertada.

Mesmo porque, conforme veremos mais adiante¹³³¹, pela análise do artigo 572, do Código de Processo Penal, os vícios do inciso IV dão ensejo à nulidade relativa enquanto muitos dos vícios do inciso III (inclusive por ausência das formalidades) acarretam nulidade absoluta. Caso prevalecesse a interpretação de que a omissão de formalidade essencial diria respeito tão-somente aos atos do inciso III, estar-se-iam transformando todas essas hipóteses de nulidades absolutas, a rigor, em nulidades relativas.

Portanto, neste ponto, preferível a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho de que, “quando a formalidade essencial disser respeito a ato não estrutural, ela é sanável. (...) Contudo, se o ato não essencial causou prejuízo à Acusação ou à Defesa, possível será a arguição de nulidade, nos termos do art. 563, podendo ocorrer, também, seu

¹³²⁸ Hoje, o reconhecimento vai ter que ser, necessariamente, o primeiro ato do processo, pois na oitiva das testemunhas e da vítima, o réu tem o direito de estar presente.

¹³²⁹ Hoje, a preterição de qualquer formalidade relativamente à produção da prova a tornará ilícita, já que, como dito, o legislador, no artigo 157, do Código de Processo Penal, unificou o tratamento das provas ilícitas com as que antes se costumavam chamar de ilegítimas, lendo-se todas, a partir de agora, pela sua ilicitude (provas ilícitas).

¹³³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 143.

¹³³¹ Item 4.4.4.

convalescimento, a teor do art. 572 (...) Pouco importa tratar-se de ato essencial ou não. Dês que ausente formalidade essencial, o ato torna-se atípico e passível de nulidade”¹³³².

Pela leitura do inciso IV, a omissão de formalidade que constitui um elemento essencial do ato daria ensejo ao reconhecimento da nulidade, ao passo que a omissão de alguma formalidade accidental, em regra, não implicaria a mesma consequência.

A redação do dispositivo pecou um pouco, isso se for levada em conta a já conhecida e tradicional teoria dos atos jurídicos na teoria geral do direito, que procura separar a inexistência jurídica da nulidade, diferenciando aquilo que constitui elemento constitutivo do ato (para a sua existência jurídica) do que constitui requisito (para a sua validade). Assim, por essa teoria mais tradicional¹³³³, a omissão de *elemento essencial* do ato deveria dar ensejo ao reconhecimento da inexistência jurídica, e não à invalidade.

A esse respeito, atento a esse pormenor, afirma Hélio Tornaghi que, por conta da (má) redação da lei, “poderá ver-se aqui mais propriamente a inexistência que nulidade; isso, porém, é questão opinativa, e o Código enxergou na omissão de formalidade essencial uma causa de invalidez”¹³³⁴.

A lei não definiu aquilo que constituiria formalidade essencial do ato.

A rigor, nem poderia fazê-lo, pois, como anota a doutrina¹³³⁵, seria impossível uma sistematização de todas as formalidades essenciais.

De todo modo, os termos “elemento” e “formalidade”, constantes deste inciso IV (artigo 564) devem ser interpretados em sentido bem amplo, devendo ser lidos tanto no que diz tange à forma quanto em relação aos vícios de manifestação de vontade ou conteúdo.

Sendo assim, “a omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato” diz respeito tanto a elementos extrínsecos quanto a elementos intrínsecos¹³³⁶.

Por fim, não se sabe ao certo por qual razão foi inserido, por meio de uma reforma legislativa de 1948, um parágrafo único ao artigo 564, dispondo que “ocorrerá ainda nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas”. No

¹³³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 143.

¹³³³ Frise-se: da qual não somos seguidores, pois não vemos sentido em diferenciar inexistência de nulidade, sendo pouco preciso distinguir o elemento do requisito.

¹³³⁴ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 300. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 587.

¹³³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 140.

¹³³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 141. Contra esse entendimento, Roberto Delmanto Júnior afirma que “a verificação da ocorrência de vício de vontade não se inclui, por imperativo lógico, na hipótese constante do inciso IV do art. 564 do CPP, posto que a livre manifestação de vontade é, inquestionavelmente, pressuposto de caráter subjetivo à existência de toda e qualquer conduta processual penal, não podendo, jamais, ser tratada como mera nulidade relativa” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004, p. 310, nota de rodapé n. 36). No ponto, com todo respeito, não se concorda com o exposto, pois uma coisa é a falta de DECLARAÇÃO (inexistência) e outra é o vício de MANIFESTAÇÃO de vontade, este último que o próprio Código Civil estatui como causa de nulidade (e relativa, segundo essa sistemática)

ponto, seria desnecessário esse parágrafo, pois o artigo 564, inciso III, alínea k, já prevê nulidade por falha nos “quesitos e respectivas respostas”.

Cabe destacar que, ao longo do Código de Processo Penal, há outros artigos que dizem respeito às regras incidentes nas nulidades processuais, bem como nas formalidades.

Cita-se, como exemplo, o artigo 101, do Código, quanto à exceção de suspeição, em que está posto que uma vez “julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal”. Todo o exposto (regras sobre suspeição e nulidades) também se aplica aos funcionários da justiça e aos peritos, conforme disposição dos artigos 274 e 280, do Código, bem como ao Ministério Público, consoante a dicção do seu artigo 258.

Há cominações expressas de nulidades ao longo do Código, podendo-se citar o artigo 370, § 1.º, que discorre que “a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado”.

Também o artigo 478, no procedimento do Júri, estabelece que “durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento em seu prejuízo”.

4.4.3. O Código de Processo Penal, as nulidades, os vícios de forma e de conteúdo e os tipos de equívocos sujeitos à anulação (*error in iudicando* e *error in procedendo*).

Ao ler o Código de Processo Penal, na parte dedicada às nulidades, poder-se-ia ter a impressão de que a lei vinculou todas as hipóteses de nulidades aos vícios de forma.

Ledo engano, contudo, já que, como se disse, a cláusula genérica de omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato deve ser lida de forma ampla, para abarcar os elementos externos (forma) e internos (manifestação de vontade e conteúdo da decisão). Ainda que não fosse possível interpretar o dispositivo dessa maneira, há diversos dispositivos esparsos no Código de Processo Penal que permitem a conclusão de que, mais que forma, o Código pretendeu vincular os conteúdos das decisões.

Para analisar a matéria de nulidades, em sua integralidade, o intérprete não pode se circunscrever apenas à análise da parte dedicada ao assunto no Código de Processo Penal. Deve consultar, para tanto, todo o Código de Processo Penal.

Com efeito, em diversas passagens o Código de processo Penal pretende vincular não só a forma do ato processual, mas também o seu conteúdo.

Por isso, não é inteiramente correto afirmar que todas as nulidades processuais decorram de *error in procedendo*, já que algumas delas podem se originar de *error in judicando*. Não é de se estranhar o exposto, pois hoje, no Estado de Direito Democrático, mais que a própria forma, a Justiça também visa a conformar o conteúdo de suas decisões. A maioria dos casos de nulidades, de fato, se refere a *error in procedendo*, ainda que a nulidade decorra de algum vício de conteúdo.

A título meramente exemplificativo, citam-se as seguintes hipóteses: o artigo 155, do Código de Processo Penal, dispõe que, na sentença, o juiz não poderá “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Ora, embora o Código não comine, expressamente, nulidade, é óbvio que o ato será nulo¹³³⁷ se violar a asserção legal, pois, implicitamente, diante da proibição legal, há nulidade (ofensa ao contraditório ou, como está no artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal: falta de elemento essencial do ato, consubstanciado na ausência de valoração das provas produzidas em contraditório).

Também a Lei 12.850/2013 veio a prever, no que tange à colaboração premiada, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (artigo 4.º, § 16).

Da mesma forma, prevê o artigo 184, do Código de Processo Penal, que, “salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”. A rigor, a contrário senso, neste último caso, se o juiz indeferir uma perícia necessária, haverá nulidade (elemento essencial: conteúdo da decisão consubstanciado em uma adequada valoração quanto à necessidade da perícia).

Igualmente, o artigo 188 estatui que “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”. Ora, se o juiz não formular uma pergunta pertinente e relevante, haverá nulidade.

¹³³⁷ Na jurisprudência, consulte-se o seguinte julgado: “... 1. A função do inquérito é fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal, a exemplo do que reza o art. 12 do Código de Processo Penal: ‘O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra’. 2. A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial. 3. Ordem concedida a fim de restabelecer a sentença absolutória” (STJ, HC 148.140/RS, Ministro Relator (Desembargador convocado do TJ/SP), 6.ª T., j. 07.04.2011, DJe 25/04/2011, v.u.). Consulte-se também, no mesmo sentido: STJ, HC 44.158/ES, Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª T., j. 03.11.2005, v.u.; STJ, HC 16.079/RJ, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., j. 04.10.2001, v.u.; STJ, RHC 10.456/GO, Ministro Relator Vicente Leal, 6.ª T., j. 20.09.2001, v.u.

Mais à frente, no artigo 212, o Código põe que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”: portanto, se o juiz não admitir uma pergunta legítima, poderá haver nulidade.

O artigo 222-A, por seu turno, dispõe que “as cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade”, de modo que, se o magistrado se equivocar nessa análise, por certo poderá haver também nulidade.

No procedimento comum de rito ordinário, o artigo 400, § 1.º, prevê que “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. Enfim, se o magistrado, por acaso, tiver se equivocado nessa análise, poderá haver nulidade.

No procedimento comum, de rito sumário, dispõe o artigo 535, do Código que “nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deve comparecer”.

Portanto, se o juiz, erroneamente, não deferir a produção de uma prova que seja importante, com base nesse artigo, o fato é que poderá haver nulidade no processo.

No procedimento do Júri, na decisão de pronúncia, o legislador, igualmente, visa a conformar o próprio conteúdo da fundamentação desse provimento.

Para tanto, discorre no artigo 413, § 1.º, do Código de Processo Penal, que “a fundamentação da pronúncia limitar-se-à a indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”.

Ainda no procedimento do Júri, quando do interrogatório do acusado, dispõe o artigo 474, § 3.º, do Código de Processo Penal, que “não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”¹³³⁸. Desta feita, se não houver necessidade do uso de algema, uma vez

¹³³⁸ O uso de algema deve estar justificado sempre, em qualquer ato, quer processual ou não (prisão em flagrante delito). A esse respeito, é o teor da súmula vinculante n. 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Já teve o STJ oportunidade de julgar que “não se verifica nenhuma nulidade na recusa do juiz em retirar as algemas do acusado durante a audiência de instrução e julgamento, porquanto devidamente justificada a negativa. Colhe-se das informações prestadas pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Porto Real (e-fl. 54): (...) *com relação ao fato de não ter sido retirada a algema do acusado, entende este Juízo que não há qualquer nulidade, haja vista ter justificado por escrito na referida ata de audiência, as razões do indeferimento pois a Comarca já foi alvo de fuga de presos, se localizando em local ermo, distante do posto policial e por segurança de todos os que se encontravam no*

havendo equívoco na fundamentação do magistrado (equívoco quanto ao conteúdo: motivação errônea), o ato será fulminado de nulidade.

Também no que concerne ao conteúdo dos atos defensivos há preocupação da lei, já que o artigo 261, do Código, estatui que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Dispõe o parágrafo único deste artigo que “a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”¹³³⁹. Enfim, não basta haver manifestação meramente formal do defensor ou do advogado, pois ela tem que ser substancial (devendo a fundamentação aqui ser entendida em um sentido mais denso: exercício de defesa efetiva), podendo o magistrado analisar, inclusive, o conteúdo do ato, ou melhor, se a fundamentação foi idônea¹³⁴⁰. A esse respeito, o artigo 497, inciso V, dispõe que o presidente do Tribunal do Júri irá “nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso”, sendo que aqui (como, inclusive, em outros procedimentos¹³⁴¹) há um amplo espaço para que o magistrado analise o próprio mérito (conteúdo) dos atos defensivos, de modo a analisar sua qualidade, em prol da garantia da ampla defesa.

A necessidade de uma correta fundamentação das decisões, sob pena de nulidade (artigo 93, inciso IX, da Constituição da República) não deixa de constituir uma garantia para um melhor controle do conteúdo das decisões.

Apesar de ser uma garantia mais ligada à forma do ato em si (decisão proferida de modo fundamentado), trata-se de um dado que se conecta, diretamente, ao conteúdo, já que há mais chances da decisão correta (no que tange ao conteúdo) estar bem fundamentada.

O exposto também vale para os atos persecutórios do próprio Ministério Público, já que a Constituição estabelece, no artigo 129, § 4.º, que se aplica “ao Ministério Público,

Fórum, com apenas um PM em seu interior, foi indeferido o pedido da defesa. No caso dos autos, como visto, o magistrado singular motivou adequada, concreta e suficientemente a necessidade de manutenção do paciente algemado, circunstância que afasta, por completo, a aventada mácula na audiência de instrução” (STJ, HC 140.718/RJ, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 16.10.2012, v.u.)(p. 14, do acórdão).

¹³³⁹ No ponto, o referido artigo deverá ser aplicado a qualquer acusado, seja ele defendido por defensor público (ou dativo) ou particular. Afinal, cumpre aqui conferir interpretação extensiva ao dispositivo, conforme permissivo do artigo 3.º, do Código de Processo Penal, para conformá-lo com o princípio constitucional que confere a ampla defesa a todo e qualquer acusado, não fazendo a Constituição qualquer distinção entre acusado defendido por defensor público ou privado. Como bem afirma Diogo Rudge Malan: “em que pese o teor literal do dispositivo em apreço, a nosso ver inexistente qualquer dúvida de que o defensor constituído pelo acusado, à semelhança do público e do dativo, igualmente tem o dever de exercer a defesa técnica mediante manifestações fundamentadas” (MALAN, Diogo Rudge. “Defesa penal efetiva”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 3, vol. 4, jan.-jun./2006, p. 273).

¹³⁴⁰ Interessante a súmula n. 342, do Superior Tribunal de Justiça, que já fazia um controle da validade da fundamentação da defesa. Assim consta o enunciado da referida súmula: “no procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”.

¹³⁴¹ Destacam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Ferandes que “isso não vale apenas para os julgamentos do Júri, consistindo, na verdade, norma de garantia aplicável a todo e qualquer procedimento penal” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 72).

no que couber, o disposto no art. 93”, sendo que, conforme bem interpreta a doutrina, aí “se incluem a motivação das decisões judiciais e, por conseguinte, a motivação das manifestações do Ministério Público”¹³⁴², sob pena de nulidade.

No Júri, diferentemente da máxima de que todas as nulidades decorrem de *error in procedendo*, há uma única hipótese de nulidade calcada no *error in iudicando*¹³⁴³.

Trata-se da decisão manifestamente que se mostra contrária à prova dos autos, que é anulada, sendo o réu submetido a novo julgamento¹³⁴⁴.

Poder-se-ia vislumbrar na hipótese uma cassação.

Contudo, nada impede que se veja uma autêntica hipótese de nulidade, pois o ato imperfeito deverá ser refeito (regime das nulidades processuais).

4.4.4. As hipóteses de saneamento/convalidação dos atos imperfeitos sujeitos à sanção de nulidade.

Antes de afirmar se o ato poderá, ou não, ser anulado, é preciso analisar se antes não foram previstas possibilidades de saneamento dos vícios elencados no artigo 564, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal.

As causas saneadoras dos vícios são hipóteses, em certo sentido, similares à função desempenhada pela nulidade, a qual, em si mesma, também não deixa de ser uma causa saneadora dos vícios processuais, ainda que se consubstancie em um remédio forte e, em alguns casos, amargo, pois implicará a perda e (re)novação dos atos.

Como regra, a doutrina não diferencia o termo *convalidação* de *saneamento* (ou *sanação*) do ato processual, tratando-os indistintamente (ora se fala em ato convalidado,

¹³⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 88.

¹³⁴³ “... Sendo o Tribunal do Júri o juiz constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o recurso contra suas decisões tem caráter restrito, não devolvendo à instância superior o conhecimento pleno da causa, **sendo admissível apenas quando a decisão é arbitrária, que consubstancia um *error in iudicando***, porque dissociada integralmente das provas dos autos ou sem apoio na prova qualificada condensada no processo. - Se o Conselho de Sentença, no exercício de sua jurisdição constitucional, optou por uma das versões do fato comprovada no sumário, tal decisão é soberana, não podendo ser desconstituída pelo tribunal de apelação. - Se o Tribunal do Júri, analisando a prova produzida em processo regular desclassificar o fato imputado ao paciente de crime doloso para crime culposos, não é cabível a mácula de julgamento contra a prova dos autos, pois o Tribunal Popular tem competência para “apreciar e decidir acerca do elemento subjetivo impulsionador da conduta do agente” (RESP nº 136.339/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, in D.J.U. de 02.02.1998, pág. 148). - Habeas-corpus concedido” (STJ, HC 15.880/SP, Ministro Relator Vicente Leal, 6.ª T., j. 11.12.2001)(grifamos e destacamos).

¹³⁴⁴ Consulte-se a respeito Guilherme de Souza Nucci, o qual afirma que se deve tomar cuidado com essa possibilidade, pois “não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 396.

ora em ato sanado)¹³⁴⁵, embora haja doutrinadores que prefiram distinguir as hipóteses. A esse respeito, Alberto Luis Maurino entende que “‘subsana’ (o sanear) es reparar un error o vicio, es decir, sanear el acto quitándole su irregularidad. *Convalidación* o *confirmación* es la renuncia de la parte a pedir la nulidad del acto, que de esta manera se subsana”¹³⁴⁶.

Eduardo Scarparo, apesar de não fazer distinção, utilizando ambos no sentido de restabelecer ou de curar um vício¹³⁴⁷, faz, de toda forma, a seguinte diferenciação: “o termo ‘convalidar’ indica uma mudança de estado: algo inválido se torna válido mediante a convalidação. Como no processo civil as invalidades pressupõem um decreto, inexistindo invalidade *prima facie* de seus atos, a convalidação resta adstrita às atividades posteriores à constituição do estado de invalidade”¹³⁴⁸.

Segundo nos parece, o termo *convalidar* significa, justamente, ratificar a validade (fortalecê-la) e não tornar válido o que era inválido (mesmo porque, é importante frisar, até que haja decisão judicial a respeito, todos os atos do processo são válidos). A nosso ver, no proceso penal, não há distinção relevante entre esses termos.

Há hipóteses de saneamento específicas e outras mais gerais.

Vamos analisar primeiramente as específicas para, depois, cuidarmos das gerais.

Afinal, conforme verificaremos abaixo, as hipóteses específicas não são genuínas causas saneadoras.

4.4.4.1. Impossibilidade de saneamento do vício da denúncia ou queixa.

O artigo 569 do Código de Processo Penal discorre que “as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”. Cabe ressaltar que, desde a Constituição de 1988, não há mais possibilidade de coexistir o procedimento judicialiforme, no qual a própria autoridade poderia instaurar a relação processual, como se dispunha nos artigos 26 e 531, do Código de Processo Penal.

¹³⁴⁵ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1011; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 426; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 134-135.

¹³⁴⁶ MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*, p. 64.

¹³⁴⁷ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 139.

¹³⁴⁸ SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 139. O Autor dá o exemplo, no processo civil, de hasta pública realizada sem a intimação do executado. Uma vez invalidada a praça, poderia o próprio executado manifestar sua concordância com a expropriação, dado o alto preço alcançado, convalidando o ato nulo, que, de inválido, se tornaria válido (SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*, p. 141).

Portanto, o artigo em epígrafe deve ser lido em consonância com a Constituição e com as recentes reformas processuais penais¹³⁴⁹.

Pois bem, por meio do artigo 569, mediante a sua conjugação com o artigo 564, inciso III, alínea *a*, parte da doutrina chega à errônea conclusão de que as formalidades descritas na alínea referida não seriam essenciais.

Essa interpretação, contudo, mostra-se equivocada, pois o Código elenca que os vícios incidentes na peça exordial acusatória (denúncia ou queixa) são insanáveis.

Ora, seria mesmo um contrassenso o legislador pontuar, em um artigo, que esses vícios seriam insanáveis (pela leitura a contrário do artigo 572, *caput*, do Código) e, em outro, prever que os mesmos seriam sanáveis a todo o tempo (artigo 569, do Código)

O que o legislador quis discriminar aqui, no artigo 569, foram apenas pequenos deslizes, os erros materiais, os quais, por não interferirem na compreensão da imputação, podem, a todo tempo, ser corrigidos. Não se deve fazer confusão entre pequenos erros materiais e os aspectos substanciais, que dizem respeito ao cerne da imputação.

Fazer essa diferenciação é importante, pois não se pode aplicar o artigo 569, do Código, a todo e qualquer tipo de imperfeição. A esse respeito, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: “pense-se, por exemplo, em denúncia ou queixa que não contenham a imputação de fato criminoso; não será possível a aplicação da regra em apreço porque a ausência desse elemento fundamental exclui qualquer consideração sobre a validade do ato, sendo inviável suprir-se a falta; por outro lado, sempre que através do suprimento for feito aditamento à acusação, com atribuição de novos fatos, indispensável será a realização de nova citação”¹³⁵⁰.

4.4.4.2. *Suposta hipótese de saneamento dos vícios de citação, intimação ou notificação.*

O artigo 570, do Código de Processo Penal, discorre que “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 argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a

¹³⁴⁹ A antiga redação do artigo 531 do Código de Processo Penal (que dispunha que: “o processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público) foi revogado pela Lei n. 11.719/2008. Contudo, por um lapso, restou mantido o teor do artigo 26, do Código, que estatui: “a ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial”.

¹³⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 32.

irregularidade poderá prejudicar direito da parte”. Assim, a lei assinala que a falta ou nulidade da citação, intimação ou notificação estarão sanadas, desde que o interessado compareça antes de consumir o ato, podendo o juiz suspender ou adiá-lo, quando reconhecer que o vício poderá prejudicar direito da parte. Cabe destacar que o artigo não tem muita aplicabilidade quando estivermos diante de uma citação. Isso porque, com a reforma processual de 2008, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato do processo

Assim, não haveria o que se suspender ou adiar.

Não haveria o que se sanar, já que o ato não foi praticado (antes de consumado).

A citação se aperfeiçoa com o ato em si.

Equivocado, a esse respeito, na doutrina processual, o entendimento de José Frederico Marques de que “a citação só se consuma com a juntada aos autos do mandado citatório, da carta precatória ou da carta rogatória, e também quando esgotado o prazo dos editais. Isso quer dizer que, até quaisquer desses momentos processuais, possível será a convalidação da nulidade, quando citação houver, mas forma irregular”¹³⁵¹.

Apesar de o exposto ser correto e verdadeiro no processo civil, não se aplica ao processo penal. No que tange à citação pessoal, o ato se consuma com a aposição de ciente do acusado, isto é, na hora da citação pessoal, e não quando da juntada do mandado aos autos, como ocorre no processo civil. Há, inclusive, a Súmula 710, do Supremo Tribunal Federal, discorrendo que, no processo penal, “contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

No que concerne às espécies de citação ficta (citação por edital ou hora certa), pode haver uma maior incidência do referido artigo, já que, nessas citações, há todo um procedimento diferenciado e distribuído em vários atos para se consumir a citação ficta.

É fato que, neste ínterim, pode o acusado comparecer espontaneamente, sendo que eventuais vícios ou nulidades da citação ficta serão desconsiderados, já que, a rigor, houve substituição dessas modalidades citatórias por outra (a pessoal). Não se trata, propriamente, de um saneamento, mas sim de uma substituição de um ato por outro, como expõem Vicente Greco Filho, no processo penal¹³⁵² e Humberto Theodoro Júnior, no civil¹³⁵³.

Deve-se tomar cuidado com a interpretação do artigo 570, do Código de Processo Penal, pois alguém desavisado poderia imaginar que o comparecimento pessoal e tardio do acusado, já em fase bastante avançada do processo, teria o condão de “sanar” a citação nula, assim como todos os demais atos do processo, que também serão nulos, na medida

¹³⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 419-420.

¹³⁵² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 290. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 588; FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1012.

¹³⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 42.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 263.

em que decorrem da citação (causalidade). No ponto, não é bem isso o que ocorre. Para que isso aconteça - como a lei bem fala - o comparecimento do acusado tem que ocorrer *antes que o ato citatório nulo se consume*.

“Citação por edital efetuada após tentativa de citação pessoal, cujo mandado foi dirigido a endereço errado. Comparecimento e apelação do réu após a prolação da sentença, sem alegar nulidade da citação. **Nulidade da citação reconhecida porque o ato da condenação já estava consumado quando do comparecimento do réu para apelar** (arts. 564, III, "e", e 570 do C.P.P.). Em tais casos, a lei presume o prejuízo a que se referem os arts. 563 e 566 do C.P.P. Pedido de ‘habeas-corpus’ deferido para anular o processo a partir da citação”¹³⁵⁴

Uma vez já consumado o ato citatório (nulo) e, principalmente, sendo praticados outros atos processuais consequentes (juízo de admissibilidade, atos de instrução e atos decisórios, etc.), não há como se sanar absolutamente nada. O vício jpa ocorreu, de modo que o proinunciamento da nulidade decorre da citação, contaminando todos os demais atos.

Portanto, uma vez consumada a citação nula e praticados outros atos no processo, o comparecimento tardio do acusado não “sana” nem o vício da citação nem a nulidade derivada dos demais atos praticados que lhe seguiram¹³⁵⁵. Tudo será imprestável.

4.4.4.3. Das hipóteses genéricas de saneamento dos atos sujeitos à nulidade.

4.4.4.3.1. O que deve se entender por sanabilidade do vício?

O artigo 572 dispõe que as nulidades previstas no artigo 564, III, *d* e *e*, segunda parte¹³⁵⁶, *g* e *h*, e IV, consideram-se sanadas, discriminando que esse saneamento se daria em tais casos: (i) se não forem arguidas em tempo oportuno; (ii) se, praticado de outra forma, o ato alcançar a sua finalidade e, por fim, (iii) se a parte, ainda que de forma tácita, tiver aceitado os seus efeitos. Antes de abordar, propriamente, todas as hipóteses mencionadas na legislação como casos sujeitos à nulidade relativa, pode-se concluir que a

¹³⁵⁴ STF, HC 72692, Ministro Relator Maurício Corrêa, 2.ª T., j. 29.08.1995 (grifamos e destacamos).

¹³⁵⁵ “... se o réu comparece depois de consumado esse ato, o juiz tem de declarar nulo todo o processo e determinar que se expeça mandado citatório, renovando-se os atos processuais até então praticados” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 420).

¹³⁵⁶ Há discussão na doutrina se a “segunda parte”, mencionada na lei, se refere às alíneas *d* e *e*, ou apenas à alínea *e*. Concordamos com Fernando da Costa Tourinho Filho quando afirma que “do exame do art. 572 se depreende que a expressão *segunda parte*, contida no texto, refere-se tanto à letra *d* quanto à letra *e*. O que nos leva a tal resultado semântico é a própria gramática do texto. O legislador fez seguir a um adjunto adverbial de localização ‘no art. 564’ – adjunto marcado pela preposição locativa *em* – uma série de *apostos*, como as expressões ‘n. III’, ‘letras *d* e *e*, segunda parte’, ‘*g* e *h*’, e ‘n. IV’” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 153). Outrossim, a redação do dispositivo também suscita dúvidas em relação à alínea *e*, no sentido se a segunda parte, em que incide a sanabilidade, se refere ao interrogatório ou aos prazos concedidos à acusação e à defesa.

marca das nulidades relativas ou, como se queira falar, dos vícios sanáveis, segundo a lei, se consubstanciaria nestes aspectos: (a) na preclusão; (b) na ausência de prejuízo, estando este consubstanciado (b1) no alcance da finalidade (ou fim) do ato e (c) na aceitação dos seus efeitos pela parte, ainda que tacitamente. Começemos analisando o que não deve ser entendido como sanabilidade do vício.

4.4.4.3.2. A ausência de prejuízo não é uma causa saneadora do vício.

Há equívoco da lei em classificar o prejuízo (ou melhor, ausência de prejuízo) como um critério de saneamento da nulidade relativa. Na verdade, **o prejuízo é justamente o pressuposto para o reconhecimento de toda e qualquer nulidade**, tanto nas relativas quanto nas absolutas. A esse respeito, discorre a própria lei, ao colocar, logo no primeiro artigo que trata do assunto, no artigo 563, que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Na verdade, como regra geral, o prejuízo é ínsito à prática (ou omissão) do ato.

Não constitui, portanto, a ausência de prejuízo uma autêntica e genuína “causa saneadora” do vício, já que o prejuízo em si corporifica a própria existência da nulidade. Sem prejuízo, o que ocorre é que o vício, na verdade, é irrelevante. Apenas isso.

Como bem afirma Alberto M. Binder, “o cumprimento da finalidade do ato não constitui um caso de *convalidação* (reparação, em terminologia imprópria), mas de falta de agravo ou saneamento automático (reparação por diversas circunstâncias)”¹³⁵⁷. Como fala o referido, “são os casos de alarme *falso*”¹³⁵⁸

O prejuízo, sendo assim, é uma qualidade intrínseca ao ato nulo. Portanto, não há como tratar a ausência de prejuízo como uma causa saneadora do vício, pois a ausência de prejuízo é ínsita ao vício irrelevante.

Se não há prejuízo, não há nulidade. Aqueles que pensam que a ausência de prejuízo “sanaria” a nulidade confundem a nulidade com o vício: acaba-se pensando que a nulidade decorreria imediatamente do vício e a análise do prejuízo seria feita somente depois, como uma causa saneadora. A ausência de prejuízo é concomitante ao ato, e não posterior a ele, como ocorre em uma causa de sanção. Portanto, mostra-se impróprio confundir o prejuízo (ou melhor, ausência de prejuízo) como uma causa de saneamento do

¹³⁵⁷ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Tradução: Angela Nogueira Pessôa. Revisão: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 87, nota de rodapé n. 103.

¹³⁵⁸ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. 86.

vício. Apenas sua verificação é feita posteriormente, oportunidade em que o magistrado irá, ou não, decretar alguma nulidade no processo.

A análise (presença ou ausência de prejuízo), em regra, se dá logo com a prática do ato. Somente em casos bem excepcionais, essa análise poderia ocorrer depois.

Por exemplo, quando não se intima a testemunha arrolada pela defesa, o prejuízo fica consubstanciado nessa omissão (vulneração da ampla defesa e do direito à prova).

O que pode ocorrer, *excepcionalmente* - especialmente quando o processo estiver em fase bastante avançada, para sentença ou recurso -, é a possibilidade de o juiz verificar, no momento de proferir a sentença, que a parte prejudicada pelo vício (ou, colocando em outros termos: para quem o pronuncimanto da nulidade aproveitaria) possa ser favorecida no julgamento de mérito. Então, nesses casos específicos (em prol, sempre, do acusado¹³⁵⁹), é muito melhor julgar o mérito a favor da parte a reconhecer a nulidade.

Nesse caso, a rigor, não há, propriamente, um saneamento do vício, mas sim uma *desconsideração*¹³⁶⁰ - sendo que o vício, no caso, seria **relevado**, como se ele fosse de somenos importância -, haja vista um julgamento de mérito mais favorável.

Por exemplo, aproveitando o exemplo dado acima, ainda que não seja intimada a testemunha arrolada pela defesa, pode o juiz, ao proferir a sentença, entender que, no caso, seria possível a absolvição do réu ou mesmo a extinção da punibilidade. Ora, em vez de pronunciar a nulidade, a doutrina reconhece que, na hipótese, é muito melhor a absolvição (ou extinção da punibilidade): enfim, não haveria um prejuízo **relevante**¹³⁶¹ para embasar a

¹³⁵⁹ No ponto, essa possibilidade (julgamento de mérito favorável, reputando-se superados os eventuais vícios preliminares ao julgamento de mérito) só ocorre em favor do acusado, nunca em prol da acusação. Em processo penal, não é possível aplicar a máxima de processo civil de que a parte prejudicada pelo ato defeituoso poderia ter o seu vício desconsiderado quando o mérito puder ser julgado a seu favor. Esse raciocínio, em se tratando de vícios dos atos relacionados à acusação, não pode ser adotado, primeiro porque não há qualquer possibilidade de haver um julgamento antecipado de edito condenatório, no processo penal; e depois porque a higidez de atos persecutórios também pode interessar (em grande parte dos casos) ao acusado, assumindo a sua regularidade duas funções: (1) permitir, certamente, a persecução penal, bem como de (2) garantir a legitimidade à condenação. Trata-se de uma opção política, afinada ao Estado de Direito Democrático (limitação do poder desmedido), lembrando que, em nosso ordenamento jurídico, embora seja tolerável a situação consubstanciada na firmeza de uma absolvição transitada em julgado, ainda que obtida em meio a um processo imperfeito (tanto isso é verdade que, nesses casos, não se admite a revisão criminal), o mesmo já não se pode dizer de uma condenação obtida nesses termos.

¹³⁶⁰ “Mas se, não obstante o vício, a relação processual desenvolver-se, outro deve ser o raciocínio: a parte prejudicada pela não-observância de alguma exigência de natureza processual pode ser beneficiada no plano do direito material? Se a resposta a essa indagação for afirmativa, impõe-se a **desconsideração** do vício, possibilitando que o instrumento, embora defeituoso, atinja seu escopo máximo, consistente na eliminação da crise” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 179)(destacamos).

¹³⁶¹ A rigor, pode haver prejuízo sim. O que a lei faz, nesses casos, é DESCONSIDERÁ-LO. O prejuízo poderia existir, pois, ainda que absolvido, poderia a absolvição se dar por insuficiência de provas, sendo que o réu poderia pretender provar a inexistência do fato. Então, deve-se ter reservas quanto a afirmação de que um julgamento favorável sempre impliria a inexistência de um prejuízo no processo penal. Se a máxima vale para o processo civil, deve ser vista com muitas e muitas reservas dentro do processo penal.

decretação da nulidade, sendo que o ato, ainda que viciado, alcançou a sua finalidade (ou ao menos uma de suas finalidades: talvez, a mais relevante, no caso do acusado, qual seja, a de impedir a concretização do poder punitivo estatal).

O exposto, contudo, além de não configurar, propriamente, um saneamento do vício – ou, como também se houve, embora equivocadamente, por saneamento da nulidade – não é uma característica apenas das nulidades de ordem relativa, mas também se aplica às nulidades absolutas. Quando o julgamento puder ser favorável ao réu, até mesmo os vícios mais graves (insanáveis) podem ser *desconsiderados*.

4.4.4.3.3. A preclusão é a única hipótese de saneamento dos vícios processuais: (i) da falta de alegação oportuna de nulidade e da (ii) falta de reiteração do pedido quanto o reconhecimento da nulidade na outra instância.

O único critério que pode ser utilizado para separar as nulidades de ordem relativa e de ordem absoluta, segundo entendemos, é a preclusão quanto à sua alegação no curso do processo. Também a coisa julgada, em algumas hipóteses (como será visto adiante¹³⁶²), pode ser considerada uma causa saneadora dos vícios processuais, podendo ser descrita como a “preclusão máxima”¹³⁶³ no processo, servindo como limite para serem alegadas todas as hipóteses de nulidades absolutas *em prol da (e somente da) acusação*.

O requisito consubstanciado na aceitação, ainda que implícita, do vício e dos efeitos do ato imperfeito pela parte pode ser inserido dentro da preclusão.

Apenas nesse sentido ganha aplicabilidade no processo penal.

No ponto, cabe destacar que esse inciso (se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceitado os seus efeitos) é muitíssimo amplo e deve ser depurado com base em dados objetivos, em prol de um modelo mais próximo possível da legalidade estrita no direito e no processo penal. A única forma de fazer isso é inseri-lo dentro da preclusão (ausência de reiteração, na instância superior, da ocorrência da nulidade. Como exemplo, pense-se na hipótese em que uma parte alegue a nulidade no momento adequado, na primeira instância, mas o juiz não concorde. Obviamente, em sede de recurso, a parte terá, novamente, que rediscutir a questão, de forma que se não alegar a ocorrência da nulidade no recurso, pode-se concluir que a parte aceitou o ato defeituoso, e seus efeitos, o que também pode ser lido como uma espécie de preclusão.

¹³⁶² Item 4.4.7.

¹³⁶³ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*, p. 1012.

4.4.4.3.4. A divisão das nulidades em nulidades relativas e absolutas no Código de Processo Penal vigente.

Na lei processual penal brasileira não há a distinção entre as nulidades de ordem absoluta e relativa. Nossa lei não fala em nulidade absoluta nem em nulidade relativa, utilizando-se apenas o termo nulidade, sem qualquer qualificação. Há, contudo, a divisão em vícios insanáveis e insanáveis, sendo que, de forma comparativa, se procura inferir que os vícios insanáveis dão causa à nulidade absoluta e os sanáveis à nulidade relativa. Na verdade, tanto faz utilizar uma nomenclatura ou outra (quer se queira falar em vícios sanáveis ou insanáveis ou em nulidades de ordem absoluta ou relativa). Só o que não se pode fazer é trocar os termos e passar a utilizar que a nulidade seria sanável. O que se sanam são os vícios, e não as nulidades. De toda forma, como a divisão das nulidades em absoluta e relativa é já clássica e utilizada por todos, é interessante a sua utilização.

Conforme já visto na teoria das nulidades processuais penais¹³⁶⁴, o melhor critério para diferenciar a nulidade de ordem absoluta da relativa deve estar na lei, já que de pouca utilidade é a distinção que se faz entre ofensa à ordem pública ou ordem constitucional ou das normas de garantia fundamentais. No processo, é quase impossível que um vício grave (por isso sujeito ao regime das nulidades, qualquer que seja o seu tipo), não ofenda aqueles critérios (a ordem pública e os valores fundamentais do ordenamento jurídico). Sendo assim, se o critério constitucional eleito para tentar diferenciar nulidade absoluta/relativa fosse seguido à risca, a rigor só haveria lugar para as nulidades de ordem absoluta. Trata-se de critério correto (já que a nulidade decorre da vulneração de um valor relevante), mas, evidentemente, de um critério inidôneo para diferenciar uma nulidade da outra.

Por isso, é necessário, para uma maior segurança jurídica de todos os envolvidos no processo, que a lei faça a distinção, pressupondo-se, obviamente, que essa distinção esteja adequada aos princípios e às regras constitucionais. De toda forma, a nossa lei faz essa distinção, sendo que, não se vislumbrando qualquer inconstitucionalidade no critério eleito pelo nosso legislador, é ela que será seguida, sendo apta a diferenciar as nulidades.

4.4.4.3.4.1. As nulidades relativas

Os vícios sanáveis elencados pelo Código de Processo Penal, que dão ensejo ao reconhecimento da nulidade relativa, segundo o artigo 572, *caput*, são os seguintes:

¹³⁶⁴ Item 3.6.1.1.4.

(1) a intervenção do Ministério Público nos termos da ação intentada pela parte ofendida, em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública (artigo 564, III, *d*, segunda parte, do Código de Processo Penal);

(2) o interrogatório (artigo 564, III, *e*, segunda parte, do Código)¹³⁶⁵;

(3) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri (artigo 564, III, *g*, do Código de Processo Penal);

(4) a intimação das testemunhas arroladas para a sessão do Plenário do Júri (artigo 564, III, *h*, do Código de Processo Penal)

(5) por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato (artigo 564, IV, do Código de Processo Penal)¹³⁶⁶

Algumas dúvidas, contudo, poderiam surgir.

Por exemplo, com relação aos vícios consubstanciados no item (2), elencado acima (o interrogatório), poderia haver uma divergência maior, pois a letra da lei é, de certa forma, um pouco imprecisa (em termos precisamente gramaticais)¹³⁶⁷, sendo que alguns interpretam que a “segunda parte” mencionada no artigo 572, *caput*, do Código de Processo Penal, só se referiria à alínea *e*, e não à aliena *d*. Segundo pensamos, neste ponto, a segunda parte refere a ambas as alíneas. Entendemos que se refere a ambas, pois, caso contrário, não haveria sentido em manter conectivo aditivo “e” ligando as duas (*d e e*), bastando haver uma vírgula para separá-las¹³⁶⁸.

4.4.4.3.4.1.1. Os prazos preclusivos para alegar as nulidades relativas.

¹³⁶⁵ Conclui-se ser o interrogatório hipótese de nulidade relativa, pois, conforme ensina Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “a letra *e* do inciso III é composta de **três partes**: (1) ‘citação do réu para ver-se processar; (2) ‘o seu interrogatório, quando presente’; (3) ‘os prazos concedidos à acusação e à defesa’. O artigo 572, I, ao prever a sanatória da nulidade do art. 564, III, *e*, segunda parte, refere-se, portanto, ao interrogatório” ((BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 583). No ponto, entendemos que se equivoca Roberto Delmanto Júnior ao interpretar que a segunda parte (vício sanável) diria respeito a “prazos concedidos à acusação e defesa” (conforme defende o Autor, em seu livro: DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*, p. 309).

¹³⁶⁶ Aqui cabe fazer um aparte, pois só serão considerados vícios sujeitos à nulidade relativa aqueles casos em que a omissão de formalidade essencial do ato não recaia em atos para os quais o Código de Processo Penal já previu a nulidade de ordem absoluta. Por exemplo, o vício que recaia sobre a formalidade essencial de uma citação ou de uma sentença jamais poderá corporificar nulidade relativa, pois para esses casos a própria lei já previu a insanabilidade dos vícios (seja para a falta desses atos, seja pela falta de suas fórmulas).

¹³⁶⁷ Com efeito, a redação do artigo 572, *caput*, do Código de Processo Penal, assim está redigida: “as nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV, considerar-se-ão sanadas...”. Sendo assim, poderia haver alguma dúvida em relação ao que se referiria o termo “segunda parte”, se apenas à alínea *e*, ou a ambas as alíneas (*d e e*).

¹³⁶⁸ Nesse mesmo sentido, entendendo que se refere a ambas as alíneas: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 583; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 153.

O artigo 571 elenca todos os prazos em relação aos quais deverão ser arguidas as nulidades relativas. Cabe destacar que nem todos os atos elencados no artigo 572, *caput*, do Código de Processo Penal, serão nulidades relativas, já que, para alguns deles, o artigo 571, do Código de Processo Penal, não previu um momento preclusivo em relação ao qual deveria haver a alegação do vício. Havendo a lacuna legal, o ato deverá ser reputado como um vício insanável (nulidade de ordem absoluta, ainda que previsto no rol do artigo 572). No ponto, para todas essas hipóteses em que a lei não previu um prazo preclusivo para alegar as nulidades previstas no artigo 572, *caput*, do Código de Processo Penal, não é possível se aplicar, analogicamente, o Código de Processo Civil. A rigor, ao se pretender aplicar o Código de Processo Civil à matéria, haveria uma restrição muito grande ao reconhecimento da nulidade no processo penal, a qual constitui, justamente, uma garantia nessa seara, em prol de valores fundamentais.

O artigo 571, no inciso I, do Código de Processo Penal prevê que as nulidades da instrução criminal dos processos da competência do júri deverão ser arguidas nos prazos a que se refere o artigo 406, CPP¹³⁶⁹. Esse prazo diz respeito ao momento conferido à acusação e à defesa para apresentarem suas “alegações finais” (memoriais finais), para que o juiz decida se irá, ou não, pronunciar o acusado.

No artigo 571, inciso II, do Código, elenca-se que as nulidades da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais deverão ser alegadas nos prazos a que se refere o artigo 500¹³⁷⁰, salvo os casos previstos nos Capítulos V (Do processo sumário) e VII¹³⁷¹ do Título II, do Livro II.

No artigo 571, inciso III, a lei discorre que as nulidades do processo sumário deverão ser arguidas no prazo estabelecido no artigo 537; caso as nulidades ocorram após o decurso desse prazo, devem ser alegadas logo que aberta a audiência. Cabe observar que artigo 537 (que se referia à defesa prévia) dizia respeito ao rito sumário judicialiforme, que já era inconstitucional, sendo revogado pela Lei 11.719/2008. Hoje, poder-se-ia entender que o dispositivo corresponderia à resposta à acusação (artigo 396, do Código de Processo

¹³⁶⁹ Cabe observar que, com a reforma operada com a Lei 11.689/2008, a redação anterior do artigo foi alterada. A redação anterior do artigo 406, CPP, era: “Terminada a inquirição das testemunhas, mandará o juiz dar vista dos autos, para alegações, ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, por igual prazo, e em cartório, ao defensor do réu. § 1.º Se houver querelante, terá este vista do processo antes do Ministério Público, por igual prazo, e havendo assistente, o prazo lhe correrá conjuntamente com o do Ministério Público. § 2.º Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo”. Hoje, com a reforma legal, o teor do artigo 406 corresponde ao atual artigo 411, CPP, no qual se prevê que as alegações serão orais, conforme § 4.º.

¹³⁷⁰ O artigo 500, CPP, foi revogado com a reforma da Lei 11.719/2008. A redação anterior do referido artigo referia-se às alegações finais à prolação da sentença. Hoje, o artigo tem correspondência com o atual artigo 403, CPP.

¹³⁷¹ Refere-se, no caso: “Do processo de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso”. Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, não mais é possível aplicar qualquer medida de segurança para autor de fato não definido como crime.

Penal). Contudo, cabe destacar que essa não é a melhor interpretação, já que, a rigor, o procedimento judicialiforme já era inconstitucional e não mais existe (revogação legal).

Portanto, assiste total razão a Denilson Feitosa quando ele afirma que “a melhor opção interpretativa nos parece que é adotar, nesses três procedimentos (procedimento ordinário, procedimento sumário e *iudicium accusationis*), o prazo que mais benéfica as partes, ou seja, até as alegações finais, inclusive quanto às nulidades ocorridas durante as audiências de instrução e julgamento”¹³⁷². Como bem discorre o Autor, não teria sentido interpretar que a nulidade ocorrida antes da audiência pudesse ser alegada até as alegações finais e as da instrução na própria audiência: todas, portanto, podem ser alegadas até o momento das alegações finais¹³⁷³.

De acordo com o artigo 571, inciso IV, as nulidades do processo regulado no Capítulo VII (Do processo de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso) do Título II (Dos processos especiais) do Livro II (Do processo em espécie), deverão ser alegadas logo que aberta a audiência. Contudo, esse capítulo hoje se encontra tacitamente revogado pela Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984

No artigo inciso V, do Código de Processo, dispõe-se sobre as nulidades ocorridas após a decisão de pronúncia, as quais deverão ser alegadas logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes¹³⁷⁴.

O inciso VI discorre que as nulidades da instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação devem ser suscitadas nos prazos do artigo 500, das alegações finais, que como já se observou, foi revogado. Cabe destacar que esse prazo se refere ao artigo 11, da Lei n. 8.038/90.

O inciso VII apregoa que se as nulidades forem verificadas após a decisão de primeira instância, devem ser alegadas nas razões de recurso ou logo depois que este fosse julgado. Por fim, no inciso VIII, as nulidades surgidas no julgamento do Plenário do júri, em audiência ou em sessão do tribunal, devem ser arguidas logo depois que ocorrerem¹³⁷⁵.

¹³⁷² FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*, p. 1020-1021. Nesse sentido: SANTORO, Antonio. “A ‘nova’ lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual”. *Boletim do IBCrim*, São Paulo, ano 16, n. 194, jan./2009.

¹³⁷³ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*, p. 1021.

¹³⁷⁴ O Código, nesse inciso, faz expressa menção ao artigo 447, CPP, que foi alterado de acordo com a reforma operada pela Lei 11.689/2008. O artigo, antes de ser alterado, discorria: “Aberta a sessão, o presidente do tribunal, depois de resolver sobre as escusas, na forma dos artigos anteriores, abrirá a urna, dela retirará todas as cédulas, verificando uma a uma, e em seguida, colocará na urna as relativas aos jurados presentes e, fechando-a, anunciará qual o processo que será submetido a julgamento e ordenará ao porteiro que apregoe as partes e as testemunhas”. Hoje, o dispositivo correspondente é o do artigo 463, § 1.º, do Código de Processo Penal.

¹³⁷⁵ No Júri, o Código prevê, a exemplo do processo civil, um momento mais propício para o juiz sanar eventuais vícios, de modo que o artigo 423, inciso I, prevê que o juiz presidente, quando da preparação do processo para julgamento em plenário, “ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade”. O artigo 497, no seu inciso XI, dispõe que incumbe, entre as atribuições gerais do juiz presidente

4.4.4.3.4.2. As nulidades absolutas

Todas as demais nulidades serão de ordem absoluta, sendo todos os demais vícios processuais insanáveis. Enfim, o universo das nulidades absolutas, conforme consta da arquitetura do Código de Processo Penal, é bem amplo, não se sustentando as críticas que discorrem que a nossa lei visaria instituir um sistema relativizado de nulidades, ainda mais hoje com os influxos constitucionais, que, certamente, alargaram a interpretação quanto aos vícios insanáveis. Destaca-se que quem mais relativiza as nulidades é a magistratura e não, propriamente, o Código de Processo Penal. Portanto, o problema não está na lei, mas na jurisprudência, sobretudo a dos Tribunais Superiores, que têm interpretado como preclusivas (nulidades relativas) hipóteses que não o são em lei. Ademais, os tribunais têm sido extremamente rigorosos no que tange ao reconhecimento do prejuízo, jogando nas costas de quem alega a nulidade (na maior parte dos casos, o réu) o ônus de comprová-lo.

Em se tratando dos vícios insanáveis já elencados pelo próprio Código Processual Penal – os quais se aplicam à maioria dos atos reputados essenciais ao processo (a maioria das hipóteses do artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal, com exceção dos vícios de nulidade relativa, mencionados no rol do artigo 572) – a omissão de formalidade essencial configurará, certamente, nulidade de ordem absoluta. Não será possível, desse modo, interpretar que a omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, para fins de sanabilidade dos vícios (conforme consta do artigo 564, inciso IV, c.c, artigo 572, ambos do Código), se aplicaria às hipóteses já previstas pelo Código como nulidades de ordem absoluta (que se referem, a rigor, a todos os atos do artigo 564, inciso III, não constantes do rol do artigo 572), pois essa conclusão acabaria por relativizar todas as nulidades. Seria uma interpretação absurda.

Nesses casos, para os quais a lei previu nulidade absoluta (vícios insanáveis), a própria lei fala em ausência do ato ou das formalidades legais, não se podendo interpretar, por óbvio, que a falta dessas mesmas formalidades (ainda mais quando essenciais) configurariam hipótese de nulidade de ordem relativa.

Por exemplo, em se tratando de um vício da sentença, a nulidade será absoluta¹³⁷⁶, pois os vícios da sentença (seja na sua forma, seja de conteúdo ou na manifestação de vontade do magistrado) deverão ser considerados insanáveis, conforme se conclui da

do Júri, “**determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade**”

¹³⁷⁶ A esse respeito, no processo civil, pioneiramente: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.152-153.No processo penal, consulte-se: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 202.

leitura do Código de Processo e Penal, por não estarem previstos no artigo 572, *caput*, do Código de Processo Penal. Somente para os *demais atos*, isto é, não constantes do rol do inciso III, é que tem aplicação a sanabilidade dos vícios elencados no artigo 564, inciso IV, do Código, sendo que com relação a esses atos (não essenciais), haverá, **em regra**, nulidade de ordem relativa, já que sujeita a prazo preclusivo.

Frise-se o “**em regra**”, pois pode ser que haja vícios que recaiam em formalidade essencial para o ato considerado accidental pelo Código, mas que, contudo, por força direta da Constituição, acarretará nulidade de ordem absoluta. Aqui é importante tecer algumas considerações. Cabe lembrar que a própria Constituição da República, no único dispositivo em que cuida, expressamente, da nulidade processual (artigo 93, inciso IX), dispõe que deverão ser “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Ora, o que temos no Código é que APENAS os vício da sentença acarretarão nulidade absoluta, sendo que nada se fala das demais decisões. A rigor, levando-se em consideração tão-somente o Código de Processo Penal, deveria-se interpretar que os vícios das demais decisões seriam englobados no artigo 564, inciso IV, cuja nulidade seria relativa. Contudo, levando-se em conta a Constituição, não se poderiam considerar tais vícios (motivação de TODAS as demais decisões judiciais) nulidade de ordem relativa, devendo ser considerada absoluta (já que Constituição, por via direta, sanciona o vício de nulidade). **Sendo assim, por previsão expressa do texto constitucional, não só a sentença, mas toda e qualquer decisão jurisdicional não fundamentada deverá ser considerada nula (e nulidade absoluta, por força da ordem constitucional)**. Por o vício estar elencado na própria Constituição, com expressa sanção de nulidade (aliás, é a única hipótese em que a Constituição comina a sanção de nulidade a um ato jurisdicional), não seria nada razoável interpretá-lo como sendo uma nulidade de ordem relativa. Trata-se, a nosso ver, de nulidade absoluta¹³⁷⁷, de vício insanável, sendo que toda e qualquer decisão não motivada será absolutamente nula, podendo ser reconhecida a todo e qualquer tempo.

As nulidades decorrentes de vício de competência e de ilegitimidade de parte, por não estarem elencadas no rol do artigo 572, do Código de Processo Penal, também serão todas, sem exceção, nulidades absolutas, não estando sujeitas a prazos preclusivos¹³⁷⁸.

Também as hipóteses excepcionais de nulidades cominadas ao longo do Código, isto é, fora do Título que cuida das nulidades, deverão ser interpretadas como hipóteses de nulidades absolutas, não tendo sentido haver tratamento jurídico diferenciado entre uma e

¹³⁷⁷ “A Constituição comina a pena de nulidade de motivação das decisões, não podendo haver sanção do vício” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 212)

¹³⁷⁸ Como já afirmado, equivocado o entendimento da súmula n. 706, do Supremo Tribunal Federal, de que: “é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

outra hipótese só porque uma está dentro do capítulo das nulidades e a outra não. Há cominações expressas de nulidades ao longo do Código de Processo Penal, podendo-se citar o artigo 370, § 1.º, que discorre que “a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado”. Essa será, portanto, hipótese de nulidade de ordem absoluta¹³⁷⁹, por estar prevista, expressamente, em lei e não constar do rol do artigo 572, do Código.

O mesmo vale para as nulidades cominadas na legislação extravagante.

Na hipótese em que a lei prevê a obrigatoriedade do ato, não resta dúvida de que se trata de nulidade de ordem absoluta.

Trata-se do que poderíamos chamar de uma nulidade de ordem absoluta implícita.

Por exemplo, citemos a resposta à acusação (artigo 396, do Código): a própria lei prevê a sua obrigatoriedade, sendo que, devido a isso, o vício decorrente da sua falta de apresentação se torna insanável, sendo a nulidade de ordem absoluta. Na verdade, nesse caso, a rigor, nem seria necessário que o legislador previsse a obrigatoriedade desse ato, já que os prazos da defesa e acusação constituem nulidade de ordem absoluta¹³⁸⁰. Assim o preferiu, pois antes da reforma processual de 2008, “graças” à interpretação jurisprudencial – a qual relativiza quando não deve e não flexibiliza quando deve - se entendia que o prazo para a antiga defesa prévia era apenas facultativo, e não obrigatório.

4.4.4.3.4.2.1. Todos os vícios relacionados à prova (produção ou mesmo obtenção da prova) são insanáveis, por se sujeitarem ao regime das provas ilícitas.

Deve ser feita uma anotação de que, com as reformas processuais penais de 2008, os vícios incidentes na produção da prova não mais poderão ser lidos como vícios sanáveis, como se fazia antigamente, ao se interpretar que esses vícios se submetteriam ao regime do artigo 564, IV, do Código de Processo Penal (de acordo com o artigo 572, do Código de Processo Penal). Hoje, com a uniformização do tratamento conferido entre os vícios relacionados à produção e à obtenção da prova, haja vista a reforma operada pela Lei n. 11.690/2008, todos eles passaram a se submeter ao regime das provas ilícitas.

¹³⁷⁹ Na doutrina especializada: AZÊVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.

¹³⁸⁰ Ainda que se entendesse que os prazos da defesa e da acusação configurariam nulidade relativa, por uma leitura diferenciada do que se entende por “segunda parte”, da alínea e (do artigo 564, III), cabe destacar que o artigo 571 não prevê um prazo preclusivo para a hipótese ventilada. Não prevendo a sua menção no artigo 571, a rigor a hipótese não está sujeita à preclusão, sendo um vício insanável (ou seja, uma nulidade de ordem absoluta).

Como a lei não prevê qualquer prazo preclusivo¹³⁸¹ para suscitar a imperfeição do ato, a nulidade será de ordem absoluta, tratando-se de vício insanável.

Sendo assim, qualquer vício consistente na produção da prova (por exemplo: inversão de perguntas às testemunhas; a retirada do réu da audiência, sem necessidade; a não advertência quanto ao direito ao silêncio, no ato de interrogatório interrogatório), deverá dar azo ao reconhecimento da ilicitude da prova, cuja invalidade poderá ser alegada a qualquer tempo.

4.4.5. Regime das nulidades processuais.

Por fim, termina o título dedicado às nulidades, no artigo 573, dispondo que os atos, cujas nulidades não foram sanadas, deverão ser renovados ou retificados. Na verdade, nem sempre haverá essa possibilidade. De toda forma, a renovação do ato então praticado com algum defeito é o cerne do regime das nulidades processuais penais.

4.4.5.1. A causalidade.

No art. 573, § 1.º, do Código de Processo Penal, é previsto que a nulidade de um ato causará a dos que lhe sejam diretamente dependentes ou que sejam sua consequência, sendo que, conforme o § 2.º, deverá o juiz declarar os atos aos quais a nulidade se estende.

Trata-se da causalidade das nulidades processuais, mencionado, também, como princípio da consequentialidade¹³⁸². O termo causalidade é criticado por parte da doutrina, já que se afirma que o direito é antes conduzido por critérios de imputação, ou melhor, imputabilidade, e não por causalidade¹³⁸³. Trata-se da velha indagação já suscitada por Hans Kelsen¹³⁸⁴, no direito. Como afirma Paulo José da Costa Júnior, “a causalidade jurídica nem sempre coincide com a causalidade lógica ou física”¹³⁸⁵. De todo modo, neste trabalho será utilizado o termo causalidade, pois, hoje em dia, todas as ciências têm uma concepção de relatividade (têm prazo de validade), sendo que, obviamente, causalidade é um termo utilizado, modernamente (em qualquer ciência) em um sentido sempre relativo, e não em termos absolutos (de condição *sine qua non*). Por isso, mostra-se um pouco sem

¹³⁸¹ A rigor, nem poderia prever qualquer prazo, pois é caso de inadmissibilidade do elemento produzido, acarretando seu desentranhamento dos autos.

¹³⁸² Como prefere chamar Vicente Greco Filho: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 291. Utilizando tanto um quanto outro termo: FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*, p. 1009.

¹³⁸³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades*, p. 257.

¹³⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. Revisão: Silvana Vieira. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 85-86.

¹³⁸⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 71.

razão a troca de termos, ao se preferir usar consequencialidade à causalidade, ou mesmo o uso de imputabilidade ao termo causalidade, já que, como observa Miguel Reale, desde há muito foi “abandonado o antigo conceito determinista de ‘leis causais rigorosas’”, de modo que, “nada impede se reconheça a validade do *princípio da causalidade*”¹³⁸⁶.

Quanto ao critério da causalidade, afirma a doutrina que o Código adotou e consagrou o princípio da conservação do ato processual, ao se preservar o ato independente do ato nulo, cujas bases encontram-se na parêmia *utile per inutile non vitiatur*¹³⁸⁷.

Ao contrário do direito extraprocessual, em que os atos jurídicos têm vida própria, autonomia, os atos processuais devem ser analisados em conjunto¹³⁸⁸.

Justamente por o ato não viver isolado, o vício de um pode contaminar a validade dos demais, ou que dele dependam. Geralmente, a invalidade dos atos postulatorios implica a dos demais atos. Já as nulidades dos atos instrutórios, em regra, não acarretam a invalidade dos demais atos processuais, com exceção da sentença¹³⁸⁹. Contudo, em que pese o exposto, dependendo do caso, *pode haver sim essa comunicação*, especialmente quando a produção de uma prova seja influenciada por outra (pense-se, por exemplo, em uma testemunha referida, que foi mencionada em prova posteriormente nula, ou mesmo apontamentos/esclarecimentos feitos durante um ato probatório em relação ao teor de uma prova que depois foi considerada nula).

Com base na causalidade, as nulidades passam a ser classificadas em originárias ou derivadas, sendo estas decorrentes daquelas.

O exposto tem aplicação para os atos considerados complexos, em que, havendo uma parte do ato nula, existindo outra que dela não dependa, conserva-se a última. Nesses casos, não precisa haver renovação do ato inteiro, apenas a sua retificação, pois, como afirma Fernando da Costa Tourinho Filho, “na renovação, o ato é refeito por inteiro. Na retificação, refaz-se, apenas, aquela parte viciada do ato”¹³⁹⁰.

Os casos de nulidades parciais também ocorrem, com frequência, na sentença, que é um ato dividido em vários capítulos: sendo assim, a nulidade de uma parte dela não

¹³⁸⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180, nota de rodapé n. 04.

¹³⁸⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II, p. 433. Nesse sentido, também: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 291.

¹³⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*, p. 21.

¹³⁸⁹ Segundo afirma Antonio Acyr Breda: “a existência de qualquer nulidade (absoluta e relativa), seja na fase postulatoria ou instrutória, causa sempre um impacto irreparável na sentença de mérito. Poder-se-ia dizer que é requisito de validade da sentença, como ato processual culminante do processo, a inexistência de nulidade em qualquer fase do procedimento. Declarada a nulidade, por exemplo, de qualquer ato da instrução pelo tribunal, em caso de recurso, o vício de propaga automaticamente para a sentença de mérito. Mas essa declaração de nulidade não atinge os demais atos da instrução criminal, realizados regularmente, com exceção das alegações finais, que devem ser complementadas” (BREDA, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, v. 32, jul.-dez. 1981, p. 128)

¹³⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 136.

necessariamente se comunica às demais¹³⁹¹. Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, “se o vício foi prejudicial só no tocante à decisão de uma das parcelas do *petitum* e não a este como um todo; ou se ele só porta prejuízo a um dos litisconsortes e não a todos, a anulação integral da sentença transgredir a prestigiosa regra *pás de nullità sans grief*, consagrada no art. 249, § 1.º, do Código de Processo Civil”¹³⁹². Da mesma forma ocorrerá na sentença penal, haja vista a sua divisão em análise de mérito (juízo quanto à absolvição/ ou à condenação) e, em um segundo momento, caso haja uma condenação, a parte da dosimetria da pena. Sendo assim, não obstante haja entendimento em contrário¹³⁹³, a nulidade na fixação da pena, em regra, não se comunica à análise do mérito do provimento¹³⁹⁴.

4.4.6. Meios de impugnação para reconhecer a nulidade no processo penal.

O reconhecimento das nulidades no processo penal, em se tratando de nulidades relativas, como visto acima, pode se dar em determinados momentos durante o processo¹³⁹⁵, seja por meio de provocação da parte, mediante simples petição, oralmente, recurso, ou, dependendo do caso, ação de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Os recursos cabíveis são: (1) **recurso em sentido estrito**, antes de ser proferida a sentença final, para as nulidades da instrução criminal (artigo 581, inciso XIII, do Código de Processo Penal) ou, caso seja prolatada uma sentença extintiva da punibilidade (artigo 581, VIII, do Código de Processo Penal); (2) **apelação**, sendo que: (a) no procedimento comum, será possível alegar a nulidade em sede de apelação, em caso de condenação ou absolvição, devendo a nulidade ser alegada como preliminar ao mérito (artigo 593, § 4.º, do Código de Processo Penal) e (b) no procedimento especial do tribunal do júri, caberá

¹³⁹¹ “Há casos em que será possível a decretação da nulidade parcial da sentença. Novamente é relevante a análise dos capítulos da sentença. Toda vez que houver cumulação de imputações, a sentença deverá apresentar mais de um capítulo. E a autonomia dos capítulos da sentença assegura que se possa preservar a eficácia do capítulo que não apresentar vícios, invalidando-se a sentença somente em relação ao capítulo irregular. Tome-se por exemplo cumulação de imputações pelos crimes de furto e resistência. Considere-se, inicialmente, a hipótese de a sentença, além da condenação pela resistência, também condenar o acusado por roubo, entendendo provado que houve emprego de violência ou grave ameaça, sem que tenha havido aditamento da denúncia. Nesse caso, a sentença será perfeita em seu capítulo sobre a resistência, mas estará viciada no capítulo relativo ao roubo, no qual haverá decisão *extra petita*. Em atenção ao princípio de economia processual e mesmo por um critério de razoabilidade, é possível a manutenção do primeiro capítulo, anulando-se apenas o capítulo que desrespeitou a regra da correlação entre acusação e sentença. Sendo os capítulos autônomos e, portanto, cindível a decisão, nada impede essa solução” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000, p. 148-149)

¹³⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.86.

¹³⁹³ Entendendo que não se pode falar em nulidade parcial da sentença, no que tange à falta ou deficiência da fixação da pena, por a decisão configurar um ato todo unitário: KARAM, Maria Lúcia. “Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária”. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano 5, n. 50, 2002.

¹³⁹⁴ Nesse sentido: STJ, HC 39.321/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 24.05.2005, v.u.

¹³⁹⁵ Também a análise dos momentos para se alegar a nulidade será analisado a seu tempo, mais à frente.

apelação para alegar uma nulidade posterior à pronúncia (artigo 593, III, a, do Código de Processo Penal); (3) **agravo em execução penal** (artigo 197, Lei de Execuções Penais)¹³⁹⁶. Também poderá ser discutida em sede de **embargos infringentes e de nulidade**¹³⁹⁷. Por fim, possível discutir a nulidade nos recursos extraordinários (**Especial e Extraordinário**)

A nulidade relativa também poderá ser reconhecida, diretamente, pelo magistrado, o qual, em consonância com o artigo 251, do Código de Processo Penal, antes de decidir, em homenagem ao contraditório, deverá ouvir as partes; somente quando houver urgência nesse reconhecimento, é que o juiz deverá reconhecer a nulidade de ofício, sem ouvir as partes, mediante concessão de *habeas corpus*. Atenta-se, contudo, que a decretação, nesses casos, deve se dar dentro do lapso preclusivo, por se tratar de nulidade relativa, pois, caso contrário, o vício estará sanado (não haverá nulidade, não se cogitando de prejuízo)¹³⁹⁸.

Em se tratando de nulidades de ordem absoluta, o seu reconhecimento pode se dar a qualquer tempo, seja pelas partes (petição, por via oral, recurso e ação de *habeas corpus*, mandado de segurança ou revisão criminal), seja pelo magistrado. No ponto, deve-se fazer apenas uma breve ressalva, pois, em processo penal, por inexistir revisão criminal contra o acusado, a coisa julgada formada a seu favor (coisa julgada *pro reo*) sana qualquer vício, sendo uma verdadeira “sanatória geral de todos os vícios”¹³⁹⁹.

Daí a razão de a doutrina fazer a seguinte diferenciação: a coisa **formada a favor da acusação** faz *coisa julgada formal*, já que sempre pode ser revista, inclusive pela nulidade enquanto a **coisa julgada formada a favor do acusado** faz *coisa julgada material, soberana*. Do exposto, tratando-se de nulidade absoluta, o reconhecimento da nulidade que beneficie a defesa¹⁴⁰⁰ pode ocorrer até mesmo após o trânsito em julgado

¹³⁹⁶ A respeito do cabimento do agravo, consulte-se: COIMBRA, Mário; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi & PRADO, Luiz Régis. *Direito de execução penal*. 3.ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 291; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 818-833.

¹³⁹⁷ Artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

¹³⁹⁸ No ponto, não se concorda com Fernando da Costa Tourinho Filho, quando o Autor discorre que a nulidade relativa poderia ser reconhecida, mesmo ultrapassado o prazo preclusivo do artigo 572, uma vez demonstrado o prejuízo, discorrendo, para tanto, que “a regra do art. 563 se sobrepõe à do art. 572” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 152-153).

¹³⁹⁹ “... a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou *habeas corpus* poderá ser argüida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material. Não haverá, assim, possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 43).

¹⁴⁰⁰ No processo penal, “o trânsito em julgado da decisão final sana exclusivamente os vícios que poderiam ser reconhecidos a favor da acusação; no que tange à defesa, o ordenamento prevê remédios para o reconhecimento das nulidades, mesmo após a formação da coisa julgada: art. 626, *caput*, parte final e art. 648, VI, do CPP” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 31).

formal da sentença condenatória, seja por meio da revisão criminal¹⁴⁰¹, seja mediante o manejo do *habeas corpus*¹⁴⁰² ou até mesmo via mandado de segurança¹⁴⁰³.

A escolha do meio impugnativo adequado, quando estiver em jogo o direito de liberdade do cidadão (se *habeas corpus* ou revisão criminal), dependerá do caso concreto. No ponto, se a ilegalidade puder ser constatada de plano, pode-se fazer uso tanto do *habeas corpus* quanto da revisão criminal; caso haja necessidade de uma análise mais aprofundada das provas (por exemplo, quando estiver em discussão nulidade decorrente do cerceamento de defesa), mais adequado se mostra o manejo da revisão criminal¹⁴⁰⁴.

4.5. Questões controvertidas e problemáticas no tratamento das nulidades processuais penais

4.5.1. A possibilidade de se desconsiderar a nulidade quando o julgamento for mais favorável ao acusado, a condenação em segunda instância e a súmula 160, do STF: “uma combinação inconciliável”.

Tem tido aplicabilidade no processo penal o dispositivo do artigo 269, § 2.º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”. Desconsidera-se a nulidade, por suposta inexistência de prejuízo. Na jurisprudência não é tão comum haver decisões a respeito¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 287; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 134.

¹⁴⁰² “... se o ato jurisdicional básico acolheu a pretensão punitiva, a preclusão das vias recursais não valida o ato processual nulo, uma vez que nessas circunstâncias tem prevalência o *favor libertatis* do condenado. Diante disso, a sentença penal condenatória pode ser rescindida por meio da ação de *habeas corpus* (art. 648, VI, do CPP)” (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*, p. 49). Nesse mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 287; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 134.

¹⁴⁰³ Admitindo a utilização de *habeas corpus*, mandado de segurança e revisão criminal: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 590-592; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 34-35.

¹⁴⁰⁴ “Observe-se que a utilização, pelo réu, de *habeas corpus* ou revisão criminal para pedir o reconhecimento de nulidade de processo findo dependerá da necessidade, ou não, de exame de prova controversa para aferição do prejuízo causado pela irregularidade. Se o vício é manifesto e está positivada, à primeira vista, a ilegalidade, melhor será pedir o *writ*, cuja tramitação é mais célere; ao contrário, se a decretação da nulidade depender de exame mais aprofundado dos autos (como, por exemplo, a decorrente de deficiência de defesa), a via mais apropriada é a da revisão criminal, pois com o apensamento dos autos poderá o órgão julgador analisar com maior profundidade a extensão do prejuízo” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*, p. 35).

¹⁴⁰⁵ “... Em se tratando de nulidade, cabe observar subsidiariamente o Código de Processo Civil. Podendo o órgão julgador decidir a matéria de fundo a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deve fazê-lo deixando de implementar esta última” (STF, HC 98.664/SP, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 23.02.2010, v.u.).

De toda forma, o dispositivo deve ser aplicado com parcimônia no processo penal.

Essa hipótese de descon sideração da nulidade, quando o julgamento de mérito for favorável a quem a alegação de nulidade beneficiaria, a nosso ver só pode ser aplicada em prol da defesa. Não é possível aplicá-la para favorecer a acusação (julgando-se o mérito a ela favorável, ainda que alegada uma nulidade a seu favor), sendo de se observar, ademais, que as nulidades que interessam à acusação, em muitos casos, também interessam à defesa.

Não poderia o juiz julgar o mérito a favor da acusação e deixar de reconhecer uma nulidade, condenando, desde logo, o réu, discorrendo, para tanto, que a nulidade existente no procedimento só beneficiaria a acusação. No ponto, a nulidade, nesses casos (em que o juiz entende por condenar), também beneficia a defesa, pois é sempre melhor reconhecer uma nulidade a condenar o acusado. Aliás, frise-se novamente: toda nulidade que interessa à acusação interessa também ao réu (ainda que de modo mediato). As formas jurídicas que têm relação com o *ius persecuendi* interessam ao acusado. Não é, portanto, correto afirmar que o vício neles incidente também não acarrete algum prejuízo à defesa.

Peguemos o exemplo da falta de memorial final acusatório.

Ainda que interesse, precipuamente, ao acusador veicular as teses e os pontos que comprovariam o crime e a culpa do acusado, não pode ser simplesmente descon siderado que a sua apresentação confere contraditoriedade ao processo, o que contribui para a defesa ter meios de saber e combater os pontos expostos pelo acusador. Assim, a apresentação dessa peça processual, ainda que diretamente relacionada à acusação, interessa à defesa.

Com efeito, ao faltar essa peça, havendo uma condenação, não é crível sustentar que tal situação não tenha causado um prejuízo ao acusado, pois a sua defesa pode ter sido pega de surpresa pelos argumentos do juiz, na sentença condenatória.

Então, jamais poderá o juiz julgar o mérito a favor da acusação (condenando o réu), haja vista que a falta de apresentação de alegações finais acusatórias não interessa só à acusação, já que, nesses casos, a nulidade aproveitaria não só à acusação, mas à defesa.

A dialeticidade serve também para ajudar o acusado a exercer uma defesa efetiva. Fica claro que todos os atos praticados pelo acusador interessam à defesa, que, geralmente, fala por último no processo penal. Qual em uma estrada, a conduta dos demais condutores afeta a dos outros, sendo que o mesmo vale no processo penal, sobretudo em relação aos atos da acusação (comportamento comissivo ou omissivo) no que se refere à defesa.

Bem problemática, portanto, essa possibilidade de o juiz poder condenar quando se tratar de nulidade que, em tese, só beneficie a acusação.

Em prol do *favor rei*, ainda que o juiz esteja convencido que a tese acusatória seja procedente, diante de uma nulidade absoluta que incida em um ato *diretamente* relacionado à acusação, não poderá jamais condenar imediatamente o acusado.

Sendo o ato relevante ao processo, deve reconhecer a nulidade e determinar a sua realização, pois nada obsta que da realização do ato, ainda que ele diga respeito à acusação, venha o juiz, depois, a ser tomado por alguma dúvida, que o leve a entender que, no caso, o mais aconselhável seria a absolvição¹⁴⁰⁶. Melhor, portanto, entender que o referido artigo só se aplica à nulidade que beneficia a defesa, podendo esta ser *desconsiderada* quando o mérito puder ser julgado ao seu favor. Por isso, ao ver da doutrina, acertam as decisões judiciais que discorrem que, nesta hipótese, não haveria interesse ao “recurso do réu absolvido que pretende a nulidade processual a partir da citação”¹⁴⁰⁷. Afinal, para que anular o feito (nulidade da citação) se o réu foi absolvido? Trata-se, neste ponto, a rigor, de uma desconsideração do prejuízo, já que, juridicamente falando, prejuízo *pode* ter havido mesmo tendo sido absolvido ou julgada extinta a punibilidade do acusado. Imagine-se a hipótese em que o juiz absolve o réu por insuficiência probatória, mas, ao longo do procedimento, não tenha sido conferida oportunidade para ele provar que, na verdade, o fato não existiu. Para fins extrapenais (e, de certa forma, também penais: já que o povo considera “*mais inocente*” alguém que foi absolvido pelo fundamento pautado na inexistência do fato se em comparação ao fundamento referente à insuficiência probatória), essas decisões fazem toda a diferença.

¹⁴⁰⁶ Em conversa com o Professor Orientador, Maurício Zanoide de Moraes, foi trazida a objeção de que nem sempre a nulidade em prol da acusação interessaria à defesa, de modo que, em alguns casos, seria até possível julgar o mérito a favor da acusação em detrimento do reconhecimento da invalidade, pois a nulidade só interessaria mesmo à acusação. A esse respeito, o Professor Maurício Zanoide de Moraes citou a hipótese de o acusador solicitar a produção de determinada prova (por exemplo: peguemos uma prova testemunhal). No caso, a prova seria indeferida (pense-se em um indeferimento da expedição de uma carta rogatória), sob o argumento da sua prescindibilidade, já que haveria, nos autos, provas documentais que comprovariam melhor a acusação. Nesse caso, com todo respeito ao entendimento diverso, insistimos que, sendo alegada a nulidade pela defesa, não poderia o juiz julgar o feito para condenar o acusado, desconsiderando o indeferimento, sob o argumento de que o ato só interessaria à acusação. Aliás, ao proceder assim, haveria ofensa à presunção de inocência (já que o juiz já teria a culpa por comprovada antes mesmo da sentença, reputando desnecessária a produção de outra prova pela acusação). Nesse caso, segundo pensamos, o prejuízo está mais que certificado para a defesa. Ainda que assim não seja, no mínimo, haveria uma dúvida plausível quanto à necessidade de prova, para a busca da verdade, tanto que a própria acusação havia requerido a sua produção, o que também interessa (ou talvez, principalmente) ao réu. Só essa dúvida, a nosso ver, basta para colocar em xeque o procedimento tomado pelo magistrado (vulneração do devido processo legal) e o acerto da condenação, de modo que seria mais benéfico se aguardar a produção da prova se comparada à situação consubstanciada no proferimento, desde logo, de edito condenatório, com prejuízo evidente para o *status* social e jurídico do acusado (interrupção da prescrição, vedação de determinados benefícios legais, etc). Por outro lado, reputa-se questionável o argumento de que uma prova comprovaria melhor o fato (a exemplo do que ocorria nas provas legais, tarifadas), sendo prescindível a produção de uma prova em relação à outra. Afinal, no caso citado, nada obsta que a prova documental seja em si falsa (material ou ideologicamente). No terreno das provas, em vez de se falar em imprescindibilidade, melhor trabalhar com a ideia da relevância (embora, de fato, seja difícil dizer quando uma prova será irrelevante, pois, em se tratando de prova testemunhal, o juiz não tem meios prévios para saber o que a testemunha irá falar n feito). Assim, mostrando-se, em tese, minimamente relevante a produção da prova, não poderia o magistrado indeferi-la. Melhor será reconhecer a nulidade, mediante a autorização da sua produção, em vez de proferir, desde logo (antecipadamente), a condenação.

¹⁴⁰⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 366, nota de rodapé n.188.

Essa possibilidade de julgar o mérito favorável ao acusado, a nosso ver, só pode ter aplicação no momento da sentença ou em sede de recurso. Não há possibilidade de o juiz julgar o mérito favorável à defesa antes da sentença, sob pena de cercear o direito de acesso à justiça do acusador e negar tutela à(s) vítima(s). A não ser que se trate de hipótese que consubstancie uma flagrante ilegalidade, a autorizar a concessão de um *habeas corpus* de ofício, (verifica-se, por exemplo, desde logo, que o fato é atípico, ou que já está extinta a punibilidade, ou, evidentemente, o fato não constitui crime), não poderá o juiz aplicar o artigo 249, § 2.º, do Código de Processo Civil antes da sentença.

Outra situação problemática, que diz respeito a essa possibilidade de o juiz absolver, desconsiderando a nulidade que, em tese, favoreceria o acusado na primeira instância (por exemplo, pela falta de apresentação de memorial defensivo), ocorreria no caso de a acusação recorrer e o Tribunal (2.ª instância), condenar o acusado. Essa situação, aliás, chegou a ser avaliada pelo Supremo Tribunal Federal ementado, na oportunidade:

“Habeas Corpus. Nulidade. Cerceamento de defesa. Advogado constituído: **Falta de apresentação das alegações finais defensivas. Ausência de nomeação de defensor dativo. Sentença absolutória. Condenação do paciente, em sede de apelação. Prejuízo. Nulidade do processo-crime a partir das alegações finais.** 1. As alegações finais defensivas constituem peça essencial do processo-crime. A falta de nomeação de Defensor Dativo para a respectiva apresentação acarretou evidente prejuízo ao acusado, ainda que absolvido em Primeiro Grau. Prejuízo que se constata, de plano, dado que o réu acabou condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, ante o provimento da apelação ministerial pública perante o Tribunal de Justiça da Paraíba. 2. A simples apresentação de contra-razões ao recurso de apelação acusatório não tem a força de substituir, à altura, a relevante fase procedimental das alegações finais defensivas. Precedente específico: HC 73.227, da relatoria do ministro Maurício Corrêa. 3. Habeas corpus concedido, com a expedição de alvará de soltura do paciente, se por outro motivo não tiver que permanecer preso”¹⁴⁰⁸.

No caso, o Tribunal foi por uma linha de argumentação de que por ser a alegação final uma peça obrigatória ao processo, não caberia ao magistrado proferir qualquer tipo de sentença (ainda que absolutória) sem que a peça fosse apresentada. No ponto, entendemos bem questionável o entendimento esposado pelo Tribunal, pois, ainda que não tenham sido apresentadas as alegações finais, caso haja recurso da acusação impugnando a absolvição, o acusado poderá se defender, ao apresentar as contrarrazões ao recurso ministerial.

De toda forma, independentemente da nossa opinião pessoal, consideremos, por uma conjectura, que tenha havido prejuízo e, por consequência, nulidade. Nesse caso específico, teríamos uma situação delicada, pois, levando-se em consideração a súmula n. 160¹⁴⁰⁹, do Supremo Tribunal Federal, outra situação não seria possível senão manter a absolvição do

¹⁴⁰⁸ STF, HC 94.168/PB, Ministro Relator Carlos Britto, 1.ª T., j. 05.08.2008, v.u. (destacamos).

¹⁴⁰⁹ Assim consta do teor da súmula: “é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

acusado, já que, ao se reconhecer uma nulidade não arguida no recurso da acusação, pelo teor da referida súmula, haveria a anulação da absolvição, com uma piora na situação jurídica do acusado: o que é vedado pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, cabe destacar e observar as peculiaridades do caso, sobretudo para a parte acusatória. **A acusação fica em uma situação muito delicada nessas situações, em que há absolvição em primeiro grau, sendo desconsiderada a nulidade em favor da defesa, com fulcro no artigo 249, § 2.º, do Código de Processo Civil: afinal, (1) ela não poderá alegar a nulidade nessas situações, porque não houve um prejuízo para a defesa (já que, até aquele momento, o acusado foi absolvido em primeiro grau); (2) no fim das contas, o recurso da acusação será inócuo, pois o Tribunal, na prática, (a) nunca irá poder proferir acórdão condenatório (pois, se condenar, não poderá fechar os olhos para a nulidade ocorrida na primeira instância, mais que foi desconsiderada ante a sentença absolutória) e (b) nem poderá reconhecer a nulidade (já que será uma nulidade, em tese, contra o acusado, pois anulará a absolvição em primeiro grau, mas que não foi alegada pela acusação, por falta de qualquer interesse).** Aqui, realmente, o sistema não fecha. Trata-se de situação, a nosso ver, *kafkaniana*.

De duas, uma: ou se revê o rigorismo da súmula n. 160, do STF ou se revê o posicionamento de que o artigo 249, § 2º, do Código de Processo Civil, seria aplicável ao processo penal. Melhor que se alterasse o teor da súmula 160, pois, de fato, não são poucos os casos em que a acusação fica em uma situação difícil, quando há algum vício no curso do processo: ela não pode alegar a nulidade que contamina o feito, pois não haveria interesse em alegar uma nulidade a favor da defesa, em caso de absolvição; de toda forma, mesmo que recorra, nunca conseguirá obter a condenação, pois, estando o feito viciado em primeiro grau, não poderá o Tribunal condenar nem mesmo reconhecer a nulidade, de modo que, nesses casos, a única solução possível será manter a absolvição.

4.5.2. A nulidade e as investigações preliminares em sede penal.

Uma questão importante que deve ser enfrentada é se, no inquérito policial, seria possível vislumbrar hipóteses de nulidades nos moldes das nulidades de cunho processual.

A questão é muito controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Apesar de admitir a possibilidade de nulidades no inquérito policial, o Superior Tribunal de Justiça vem considerando que as “eventuais nulidades ocorridas no curso desse

procedimento não contaminam a Ação Penal, devendo o magistrado, se for o caso, desconsiderar provas ilegalmente obtidas quando do recebimento da denúncia”¹⁴¹⁰.

Recentemente (26.02.2013), esse posicionamento foi reiterado, no julgamento do AgRg no HC 235.840/SP, em que o Tribunal considerou que “a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui firme entendimento no sentido de que eventuais nulidades ocorridas na fase investigatória não contaminam a ação penal (HC n. 182.829/DF, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3/12/2012). Dessa forma, ainda que ficasse caracterizado cerceamento de defesa no inquérito policial, tal nulidade não contaminaria a ação penal instaurada contra o paciente”¹⁴¹¹. Somente em um caso bem isolado, no julgamento do RHC 23.945/RJ, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade dos atos praticados no curso do inquérito, pois os Ministros entenderam que o magistrado não poderia agir como um juiz inquisidor, fazendo o papel de Polícia Judiciária, seja ao ordenar diligências, seja ao interrogar o acusado, tendo a Corte Superior anulado todos esses atos¹⁴¹².

No Supremo Tribunal Federal, é incomum encontrar decisões tratando a respeito das nulidades no inquérito policial. No geral, as decisões procuram não falar em nulidades, mas sim em vícios incidentes na investigação, os quais, segundo entendimento da Suprema Corte, não maculariam a ação penal¹⁴¹³.

Recentemente, tal entendimento foi reiterado na Corte, tendo o Supremo Tribunal Federal assentado: “o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, porquanto as nulidades processuais dizem respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante da ação penal”¹⁴¹⁴.

Apesar de, em um primeiro momento, parecer que o Supremo Tribunal Federal rechace a existência de nulidades no curso do inquérito, é possível verificar, especialmente

¹⁴¹⁰ STJ, HC 116.031/PR, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 18.03.2010, v. u.. No mesmo sentido, de que eventuais nulidades ocorridas no inquérito não maculariam a ação penal: STJ, HC 113.973/MG, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 18.08.2009, v. u. Cabe destacar que, nos julgados consultados, não há uma análise pormenorizada em que sentido seria possível falar na existência de nulidades no inquérito. Os julgados restringem-se a afirmar apenas que eventuais nulidades ocorridas no inquérito não se comunicam, necessariamente, ao processo.

¹⁴¹¹ STJ, AgRg no HC 235.840/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., J. 26.02.2013, v.u.

¹⁴¹² STJ, RHC 23.945/RJ, Ministra Relatora Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª T., j. 05.02.2009.

¹⁴¹³ “É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, sendo o inquérito policial peça de natureza informativa, os vícios nele por ventura encontrados não repercutem na ação penal...” (STF – 1.ª T. – HC 72.095-1 – Rel. Moreira Alves – DJU 01.03.1996)” (BETANHO, Luiz Carlos. “Aspecto gerais do inquérito policial”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 124). No mesmo sentido: STF, HC 96.086/SP, Ministro Relator Eros Grau, 2.ª T., j. 03.02.2009, v.u.; STF, AgReg no AI 687893, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j. 26/08/2008, v.u..

¹⁴¹⁴ STF, AgRg no RE 654192/PR, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 21.11.2011, v.u.

pela análise das decisões mais antigas, que o Supremo Tribunal Federal admite sim a possibilidade de haver nulidade já no curso do inquérito¹⁴¹⁵.

É indiscutível se poder falar, em termos genéricos, na presença de vícios que maculam a validade dos atos praticados no inquérito policial, os quais podem, certamente, se comunicar ao processo, de modo a truncar-lhe a validade¹⁴¹⁶.

No ponto, muitos desses atos configurarão ilegalidades, que ensejarão respostas jurídicas diversas. Poder-se-á estar diante de uma invalidade qualquer (imagine a prática de atos no inquérito, sendo o crime de ação penal condicionada, sem autorização da vítima), ou mesmo diante de uma invalidade consubstanciada em prova ilícita.

Cabe identificar se, no curso do inquérito, pode haver também nulidades e, se isso for possível, se elas se sujeitariam ao mesmo regime das nulidades processuais.

Primeiramente, destaque-se que - para um efetivo sistema protetivo dos direitos e das garantias fundamentais - seria muito temeroso não reconhecer e combater as possíveis ilegalidades verificáveis no curso das investigações preliminares de natureza penal, já que são justamente nelas que ocorrem as maiores violações de direitos e garantias.

Então, tanto faz se queira denominar todas essas ilegalidades como hipóteses de invalidades, causas de nulidades ou de ineficácia: o nome pouco importa, pois o importante é que haja uma conscientização de que é imprescindível uma teorização/aplicação efetivas quanto a um sistema sancionatório satisfatório dos vícios da persecução penal preliminar.

Caso não fosse prevista qualquer sanção para retirar a eficácia dos atos praticados com abuso na fase de inquérito, poder-se-ia permitir que toda e qualquer arbitrariedade incidente nessa etapa da persecução depois pudesse, simplesmente, ser desconsiderada no processo (convalidação da ilegalidade).

Ao excluir, *ex ante*, a análise de toda e qualquer invalidade no curso do inquérito, os atos praticados - ainda que ilegais - poderiam ser validamente considerados no processo.

Enfim, com o argumento de que não haveria nulidades no inquérito, poderia haver tolerância em relação às iniquidades praticadas nesse momento da persecução.

O exposto é preocupante, ainda mais porque, em nosso ordenamento jurídico, os autos do inquérito policial acompanham o processo penal (caso haja a dedução da ação), os quais, não raro, são valorados pelo magistrado no momento da sentença.

¹⁴¹⁵ No ponto, em vez de usar o termo vício, ou irregularidade, fala, expressamente, em nulidades no inquérito: STF, HC 86.066/PE, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 06/09/2005, v.u. Mais recentemente, segue decisão falando de nulidades, embora tratando do inquérito falimentar: “É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o inquérito judicial falimentar previsto na antiga Lei de Falências (DL 7.661/45) constitui peça meramente informativa, cujas eventuais nulidades, por isso, não contaminam o processo penal” (STF, RHC 90.632/DF, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 05.06.2007, v.u.)

¹⁴¹⁶ Nesse sentido, consulte-se a respeito do assunto: LIMA, Arnaldo Siqueira de. “Vícios do inquérito maculam a ação penal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 7, n. 82, set./1999.

Ainda que não sejam *expressamente* cotejados na sentença, é indiscutível que, no processo, elementos do inquérito acabam influenciando o magistrado, de algum modo.

Do exposto, se não houver um sistema sancionatório eficaz para coibir abusos nessa fase preliminar da persecução, podemos permitir que diversos atos ilegais sejam valorados e considerados no processo, inclusive no momento da sentença.

Cabe indagar se, entre essas sanções, seria possível falar em nulidades.

Uma primeira objeção contra essa leitura, que permitiria vislumbrar no inquérito a ocorrência de algumas nulidades, é que o juiz não poderia interferir nas investigações, não podendo determinar, por exemplo, com o reconhecimento da nulidade, a renovação do ato imperfeito, já que essa decisão caberia à autoridade policial, quem conduz o inquérito.

De fato, o juiz fiscaliza a legalidade os atos do inquérito, com vistas a garantir a lisura do procedimento, bem como a proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Nesse sentido, o juiz, em regra, não direciona, melhor dizendo, não comanda as investigações, não podendo compelir que um ato ilegal seja praticado novamente, já que isso dependeria do juízo da autoridade competente (no caso, a policial e, eventualmente, do Ministério Público). Caberia ao magistrado, presente alguma ilegalidade, algum vício ou abuso de poder, apenas cassar a validade do ato.

Sendo assim, não é comum se reconhecer a existência de nulidades no inquérito policial. A esse respeito, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o inquérito “é peça meramente informativa e, por isso, não há cuidar-se de nulidade (...) 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”¹⁴¹⁷

Parte da doutrina também observa que não seria possível reconhecer nulidades nessa fase, já que a própria lei processual penal não prevê nulidades no inquérito¹⁴¹⁸, o que, hoje, com a reforma de 2008 (Lei 11.690), não constitui uma afirmativa muito correta; sobretudo se considerarmos o novo conceito amplo de prova ilícita, do Código de Processo

¹⁴¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 183-184. Observa o Autor, contudo, que, dependendo do caso, tendo sido praticado um ato relevante no inquérito, e que possa repercutir no processo, não sendo possível a renovação ou retificação deste ato, o vício, certamente, poderá contaminar todo o processo; o Autor dá o exemplo da falta de exame de corpo de delito, sendo que, não sendo mais possível a realização do exame, ou mesmo sua substituição por prova testemunha (acrescentamos nós: se for o caso, quando a falta de perícia não decorrer de desídia da autoridade), “todo o processo estará nulo” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 184).

¹⁴¹⁸ Nesse sentido: BETANHO, Luiz Carlos. “Aspectos gerais do inquérito policial”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 91-92.

Penal (artigo 157, *caput*), muito próximo ao da nulidade processual, que pode ser aplicável à persecução penal preliminar¹⁴¹⁹.

No ponto, embora a nossa lei processual não fale expressamente¹⁴²⁰, entendemos não haver qualquer empecilho para reconhecer a existência de nulidades no inquérito¹⁴²¹.

Portanto, neste trabalho, muitos dos vícios que parte da doutrina prefere tratar como hipóteses de ilegalidades, ou mesmo de invalidades, serão tratados como autênticas nulidades, não obstante ostentem um regime jurídico um pouco diferenciado em relação ao regime das nulidades processuais. Evidentemente, em sede de uma investigação penal preliminar, o juiz, ao reconhecer a nulidade, não poderá ordenar a realização do ato omitido ou realizado com algum defeito, como ocorre em sede processual. Melhor, para tanto, seguir o regime das nulidades dos atos administrativos, com possibilidade da própria autoridade administrativa reconhecer a nulidade¹⁴²², que requer a análise de uma ofensa à ordem pública, a qual pode ser lida como ofensa aos direitos e garantias fundamentais¹⁴²³.

Nesse sentido, também nas nulidades no inquérito há análise de prejuízo, da mesma forma que ocorre, em certo sentido, no processo administrativo¹⁴²⁴.

Obviamente, em sede de investigações preliminares, nem todas as hipóteses de ilegalidades configurarão nulidades.

Pode haver outros tipos de invalidades, como a existência de provas ilícitas, que, indiscutivelmente, afetam a validade da ação penal, já que a decisão quanto ao recebimento da acusação não pode se pautar em prova ilícita, sob pena de nulidade.

¹⁴¹⁹ No ponto, cabe esclarecer que embora os elementos informativos do inquérito não possam ser qualificados como provas, no sentido técnico jurídico (porque não obtidos sob o crivo do contraditório), nada obsta que eles sejam enquadrados na categoria de prova ilícita, cuja conceituação é hoje ampla, abarcando tanto aquelas obtidas em violação a normas constitucionais como às normas legais (que também se referem à investigação preliminar).

¹⁴²⁰ Diferente é o tratamento do Código de Processo Penal italiano, o qual, no artigo 181, § 2.º, discorre: “ le nullità concernenti gli atti delle indagini preliminari e quelli compiuti nell'incidente probatorio e le nullità concernenti gli atti dell'udienza preliminare devono essere eccepiti prima che sia pronunciato il provvedimento previsto all'articolo 424. Quando manchi l'udienza preliminare, le nullità devono essere eccepiti entro il termine previsto dall'articolo 491 comma 1º”. Também o Código de Processo Penal português prevê a possibilidade de haver nulidade em inquérito, discorrendo no artigo 120º, § 3º, c.

¹⁴²¹ Aury Lopes Júnior, embora sem fazer uma análise crítica (se estaria certo ou adequado falar de nulidades na investigação preliminar), usa o termo nulidade no inquérito. Vide: LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 216-221.

¹⁴²² No procedimento administrativo fiscal (Decreto 70.235/1972, no artigo 59, a norma fala, expressamente, em nulidade. A Lei 9.784/1999, que cuida do procedimento administrativo em âmbito federal, discorre a respeito das nulidades no artigo 53.

¹⁴²³ Recentemente, fazendo essa análise quanto à legalidade dos atos administrativos em sede de investigação preliminar de natureza penal, consulte-se: STJ, HC 149.250/SP, Ministro Relator Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5.ª T., j. 07.06.2011 (Operação Satiagraha).

¹⁴²⁴ O Decreto 4.942/2003, que cuida do procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por infração às normas do âmbito da previdência complementar, discorre em nulidade e fala expressamente na necessidade de prejuízo para a defesa, a fim de que seja possível o seu reconhecimento (artigo 35).

Passa-se, por ora, à análise das principais hipóteses de nulidades/invalidades na investigação preliminar. Essas hipóteses não esgotam todas as possibilidades de nulidades.

Cabe destacar, na oportunidade, que há poucos estudos tratando da investigação preliminar¹⁴²⁵ e, sobretudo, das sanções decorrentes das violações de direitos nessa sede.

Não obstante nos dias de hoje haja trabalhos excelentes tratando da aplicabilidade de diversos direitos e garantias fundamentais já na fase de investigação preliminar, o ponto é que tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não conseguiu construir um sistema harmônico e coerente de sanções para tutelar todos esses direitos e garantias.

Com exceção dos casos de prisão cautelar (aliás, seja em sede de investigação preliminar, seja no curso do processo), para os quais há consenso entre os doutrinadores de que todas as formalidades devem ser observadas¹⁴²⁶ (frisamos: *rigorosamente*, inclusive as formalidades mais simples e aparentemente irrelevantes) o fato é que há um vácuo teórico para tratar dos vícios relativos aos demais atos incidentes no curso da investigação.

Com efeito, ainda não há respostas seguras e adequadas para tratar de todas as contrariedades à lei, aos valores constitucionais, dos atos que têm sede no inquérito.

Este trabalho não pretende, obviamente, enfrentar todas essas questões, sob pena de fugir do tema a que se propôs estudar: nulidades processuais.

De toda forma, chama-se a atenção para o fato de que ainda hoje há uma carência de tratamento dos vícios e dos abusos verificáveis em sede de investigação preliminar, tanto que não há respostas precisas para as consequências decorrentes de muitos dos vícios.

A nosso ver, serão nulos ou inválidos os seguintes atos praticados no inquérito policial, com alguma ilegalidade ou abuso de poder: (1) a adoção de uma medida ilegítima ou arbitrária pela autoridade policial; (2) nos casos de indevida instauração de inquérito policial (por exemplo, de uma denúncia anônima¹⁴²⁷); (3) na hipótese em que o inquérito é

¹⁴²⁵ Notabilizam-se quanto ao estudo das investigações preliminares: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*; SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004. Mias recentemente, confira-se: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis & SAAD, Marta. “Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial”. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho & Marcus Alan de Melo Gomes. *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos de Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁴²⁶ “A obediência às formas, entretanto, é de suma importância nos casos de prisão em flagrante. Não observado o requisito legal, o auto, como peça coercitiva, fica desnaturado. Outras vezes, para efeito de decretação de prisão preventiva. Cremos não poder o Juiz arrimar-se num inquérito em que não se observaram as prescrições legais para fazer expedir um mandado de prisão. Faltando seriedade aos autos do inquérito, não pode o Juiz nele embasar-se para prolar uma decisão de tão graves consequências” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3, p. 184).

¹⁴²⁷ Quanto à denúncia anônima, considera-se inválida a instauração de inquérito policial alicerçada, unicamente, em denúncia anônima. Contudo, admite-se a validade da denúncia anônima para autorizar diligências prévias à instauração do inquérito, as quais, se confirmarem a suspeita levantada na denúncia anônima, tornam legítima a instauração do inquérito. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal considerou válido o procedimento da autoridade que, por meio de delação anônima, procedeu a diligência preliminares e chegou inclusive a prender em flagrante o suposto autor do delito (STF, HC 90.178/RJ, Ministro Relator

instaurado sem a autorização da vítima (ação penal privada e pública condicionada)¹⁴²⁸; (4) quando a autoridade que indefere diligências relevantes e pertinentes requeridas pela defesa; (5) a (re)classificação tipológica arbitrária do fato investigado¹⁴²⁹, sobretudo quando isso autorizar uma prisão (por exemplo, temporária); (6) abusividade de uma decisão de indiciamento¹⁴³⁰; (6) um relatório policial extremamente tendencioso, que possa levar a erra o juiz, o (possível) acusador e a própria defesa; (7) o vício de corrente do conflito de atribuição entre as autoridades investigativas: imagine-se, por exemplo, uma situação em que uma autoridade policial investiga fatos que, na verdade, deveriam ser investigados por outras autoridades policiais (seja na esfera estadual, seja na federal)¹⁴³¹,

Cezar Peluso, 2.^a T., j. 02.02.2010, v. u.). O que não pode ocorrer é a imediata abertura de inquérito, pautado, exclusivamente, em denúncia anônima, pontuando o Supremo que “nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados” (STF, HC 99.490/SP, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.^a T., j. 23.11.2010, v.u.) Dos precedentes consultados, um, em especial, se destaca: STF, 84.827/RO, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.^a T., j. 07.08.2007. Nesse último caso, houve ampla discussão entre os Ministros: nos debates, levantou-se que a Lei n. 8.112/1990 (procedimento administrativo), em seu art. 144, veda a apuração veiculada por denúncia anônima (p. 445, do acórdão); indagou-se o Supremo admitiria denúncia anônima contra um Ministro ou mesmo contra o Presidente da República (p. 446, do acórdão); questionou-se acerca da própria (ir) responsabilidade do Ministério Público, ao se pautar apenas na carta anônima (p. 446, do acórdão). Por fim, o Supremo concluiu que a denúncia anônima tem eficácia prática, no sentido de autorizar diligências preliminares para a autoridade apurar se há indícios que confirmam plausibilidade à suspeita; o que ela não tem é serventia jurídica: isto é, para, exclusivamente a partir dela, logo implicar a instauração de um inquérito policial (p. 493, do acórdão). Também o Superior Tribunal de Justiça entende dessa forma. A respeito do exposto, consulte-se, especialmente: STJ, HC 137.349/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 05.04.2011 (Operação Castelo de Areia).

¹⁴²⁸ O Código de Processo Penal, no artigo 5, § 4.^o, dispõe que “o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”. No mesmo artigo, § 5.^o, está posto que “nos crimes de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”. Apesar das vedações, a lei não prevê, precisamente, qual tipo de sanção incide nessas hipóteses. Haveria apenas mero trancamento do inquérito? Haveria, também, algum tipo de nulidade? A resposta a essas questões é importante, já que, se não houver invalidade dos atos praticados, sempre se poderia argumentar, posteriormente, que, com a posterior autorização do legitimado, os atos então praticados no inquérito trancado poderiam ser aproveitados (mediante ratificação). Evidentemente, essa não parece a melhor resposta. Melhor trabalhar com a nulidade dos atos praticados, sem autorização ou representação do ofendido, ou seu representante, nesses casos.

¹⁴²⁹ Como alerta Fauzi Hassan Choukr, “altamente crítico é o confronto da precariedade da tipificação no ato da instauração da investigação com o pedido de prisão temporária. Tudo porque a instabilidade dos informes é tamanha que, caso desamparada da devida motivação, não somente do pedido ensejador da custódia cautelar, mas da própria tipificação, o ato tende a tornar-se puro arbítrio” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, p. 78)

¹⁴³⁰ A respeito da ilegalidade da decisão de indiciamento, quando ausentes elementos de materialidade e indícios de autoria, consulte-se, na jurisprudência: STF, 85.541/GO, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.^a T., j. 22.04.2008, v.u. Na doutrina, tratando do indiciamento, em artigos específicos: QUEIJO, Maria Elizabeth. “Os abusos no indiciamento indireto”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun./2011; TEIXEIRA, Francisco Dias. “Indiciamento e presunção de inocência”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 6, n. 71, out./1998 e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Liberdade! Abre as asas sobre nós!”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 91, jun./2000. Embora tratando especificamente da identificação criminal, há importante estudo sobre o indiciamento: SOBRINHO, Mário Sérgio. *A indetificação criminal*. São Paulo: RT, 2003, p. 96-100.

¹⁴³¹ A jurisprudência, em regra, tem considerado irrelevante o vício de atribuição da autoridade policial para conduzir as investigações, ainda que o vício decorra entre atribuições da polícia federal/ estadual. Salvo as

(8) a indevida atribuição do Ministério Público para conduzir (isto é, para presidir), por si mesmo, atos de investigações criminais¹⁴³²; (9) a atribuição de autoridades estranhas para

hipóteses de decisões mais invasivas (intimidade, prisão), a jurisprudência considera que todos os atos praticados são, em tese, válidos, ainda que por autoridade policial sem atribuição. Nas decisões, pontua-se caber à instância inferior apreciar se os elementos investigatórios poderão ser aproveitados. A esse respeito, consulte-se: STF, HC 109.893/RS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.^a T., j. 13.12.2011; STF, RHC 80.197/GO, Ministro Relator Neri da Silveira, 2.^a T., j. 08.08.2000

¹⁴³² É antigo o questionamento se o Ministério Público pode praticar atos investigatórios ou mesmo chegar a presidir procedimento investigatório instaurado na própria instituição. Há alguns anos, a jurisprudência tendia a se encaminhar para não admitir a possibilidade de investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público, considerando inválido esse tipo de procedimento (STF, RHC 81.326/DF, Ministro Relator Nelson Jobim, 2.^a T., j. 06.05.2003, v.u.) (no caso, o Ministro Relator falou, expresamente, em anulação dos atos praticados pelo Ministério Público, por falta de legitimidade: p. 8991). Recentemente, contudo, os Tribunais têm entendido que é possível tal investigação, especialmente nos casos em que não se mostre recomendável que a apuração se efetive apenas e tão-somente na polícia (por exemplo, suspeita da prática de crimes cometidos pela própria polícia). Nesse sentido tem sido a linha de julgamento do Supremo Tribunal Federal, ao admitir que o Ministério Público proceda a algumas diligências investigatórias: STF 93930/RJ, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.^a T., j. 07.12.2010, v.u. O assunto, recentemente, teve reconhecida a sua repercussão geral: STF, RG no RE 593.727/MG, Ministro Relator Cezar Peluso, Pleno, j. 27.08.2009. No Superior Tribunal de Justiça, também se entende admissível atos investigatórios praticados pelo próprio Ministério Público: STJ, RHC 37.798/MG, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, 5.^a T., j. 25.06.2013, v.u.; STJ, Ag.Rg. no REsp 897.070/MG, Ministra Relatora Assusete Magalhães, 6.^a T., j. 16.04.2013, v.u.; STJ, HC 57.118/RJ, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 1.^o.10.2009, v.u. (a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, contudo, apesar de votar com a Turma, ressalva entendimento pessoal de ser contra poder investigatório pelo MP); STJ, APN 345/AP, Ministro Relator Gilson Dipp, Corte Especial, j. 20.04.2005, v.u. Pontua-se, em geral, que o inquérito se destina à *opinio delicti* do Ministério Público e que os elementos indiciários da prática de delito podem se originar de outros procedimentos distintos do inquérito policial, o que - segundo pensam alguns - denotaria que a investigação não seria atribuição exclusiva da polícia; além disso, acrescenta-se que nada impede que o *Parquet* acompanhe as diligências investigatórias, requisite diligências, sendo que a sua presença, ao invés de atrapalhar as investigações, implicaria uma desejável e profícua cooperação à atividade da polícia. Alega-se que a própria Constituição da República outorga a possibilidade de investigação pelo Ministério Público (artigo 129, inciso VIII e inciso IX, da Constituição da República), sendo que, ainda que assim não se entendesse, a possibilidade estaria dentro das funções institucionais do *Parquet*. Ada Pellegrini Grinover entende que seria possível o ordenamento instituir funções investigativas ao Ministério Público, desde que o fizesse por lei complementar: contudo, a Autora ressalva que, apesar de possível, o exposto não seria recomendável, ante a falta de estrutura do Ministério Público para assumir o controle da investigação de determinados crimes, o que implicaria uma “insustentável seleção de casos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Investigações pelo ministério público”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 12, n.145, dez. 2004, p. 05) A nosso ver, o Ministério Público (assim como o imputado) tem determinados direitos na investigação (frise-se: **consubstanciados, tão-somente, no “poder” de pleitear/requisitar diligências e de, eventualmente, acompanhar diligências/depoimentos na polícia**). Contudo, esse poder **não significa** que o Ministério Público possa se substituir à autoridade policial, quer instaurando procedimento interno próprio, quer notificando testemunhas para serem ouvidas em seu gabinete. Concordamos, no ponto, com os Autores que são contrários ao poder investigatório que se quer conferir de forma ampla, ao Ministério Público: BITENCOURT, Cezar Roberto. “A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 66, mai.-jun./2007; SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?” (Parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, jul.-ago/2004; TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. “Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: dos inexistentes poderes investigatórios do Ministério Público. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, n. 78, 2004. Portanto, a rigor, todos os elementos colhidos diretamente pelo Ministério Público em sede de investigação (com usurpação das atribuições da autoridade policial) deverão, em regra, ser considerados inválidos (ou melhor: “*prova*” ilícita, segundo o artigo 157, do Código de Processo Penal).

investigar fatos da alçada da Polícia Judiciária¹⁴³³; (10) a falta de atribuição da defesa para conduzir (presidir) atos investigação criminal¹⁴³⁴; (11) a negativa de acesso do inquérito para o advogado do investigado¹⁴³⁵ (aos atos já documentados), com a consequente dos atos praticados sem a necessária franqui à defesa (por exemplo, uma oitiva de um investigado); (12) a manifestação imotivada do Ministério Público, como as comumente exaradas, “a favor do pedido de dilação do prazo das investigações”? (13) a vulneração do juiz natural nas investigações preliminar¹⁴³⁶, ou vulneração da competência do magistrado¹⁴³⁷.

¹⁴³³ Recentemente, tivemos um interessante julgado referente à eficácia dos atos investigatórios realizados por membros estranhos à polícia. Tratou-se da Operação Satiagraha, na qual houve atuação conjunta da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e de um investigador particular. Na oportunidade, o Ministro Relator pontuou, no acórdão: “não se pode admitir que em um Estado Democrático de Direito, à margem da lei e de vários Princípios consagrados, como o da legalidade, do devido processo legal e da impessoalidade, se corrobore com o direcionamento e, por que não dizer, com o complô, de uma investigação criminal que ultrapassou todos os limites legais, tornando-se, ousado dizer, uma querela pessoal para incriminar determinada pessoa, valendo-se, para tanto, do uso efetivo de agentes da ABIN e até de um ex-servidor do finado SNI, por parte da autoridade administrativa, em inquestionável e inaceitável desvio de poder, maculando todo e qualquer ato administrativo ou investigativo praticado”¹⁴³³; “No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é **manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei**” (STJ, HC 149.250/SP, Ministro Relator Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), 5.^a T., j. 07.06.2011 (p. 34, do acórdão)(grifamos e destacamos).

¹⁴³⁴ Entendendo possível a realização do exercício de investigação unilateral pela defesa: MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010. Embora não neguemos o direito à investigação e à obtenção de provas, somos bem céticos com relação ao exercício desse poder diretamente pelo acusado, pois muitos serão os empecilhos (poder de polícia, direitos à intimidade, sigilo, documentação disso dos atos praticados, etc.). De toda forma, como o Poder Judiciário vem entendendo que existem poderes investigatórios por parte da acusação (Ministério Público)(ainda mais com a derrubada da PEC/37, tendo o Legislativo referendado esse equivocado entendimento), por isonomia, o mesmo deve valer para o acusado. O perigo pode ser a multiplicação de procedimentos (polícia, acusação, defesa) para apurar o mesmo fato.

¹⁴³⁵ O abuso só cresce, sobretudo quando, administrativamente, baixam-se portarias decretando o sigilo de todo e qualquer inquérito (abstratamente). A respeito da inconstitucionalidade dessa medida que, a nosso ver, levam à invalidade do ato, com possíveis anulações dos atos praticados: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. “Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira”. In: Antonio Scarance Fernandes, José Raúl Gavião de Almeida & Maurício Zanoide de Moraes (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008, p. 45.

¹⁴³⁶ Recentemente, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró defendeu que é possível visualizar a figura do juiz natural no inquérito policial, havendo essa garantia já em sede de investigação preliminar. Como discorre o Autor, “a necessidade de que se trate de juiz competente fica clara nos casos de medidas cautelares pessoais, tais como a prisão temporária e preventiva. A própria Constituição assegura que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de *autoridade judiciária competente*’ (art. 5.^o, inc. LXI). E, se a prisão for decretada por juiz incompetente será nula, cabendo *habeas corpus* para afastar a ilegalidade (CPP, ART. 648, inciso III). Por outro lado, mesmo em relação aos meios de obtenção de prova, como as buscas e apreensões (CPP, art. 240) e as interceptações telefônicas (Lei n.º 9.296/96, art. 2.^o), se determinados por juiz incompetente, haverá nulidade nos casos em que, quando a medida foi decretada, os elementos de informação até então colhidos já permitiam a constatação da incompetência do juiz (...) Por tudo isso, é de se concluir que a garantia do juiz natural também se aplica ao juiz que atua durante a fase de investigação preliminar” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*, p. 265-266).

¹⁴³⁷ Considerando nulas as decisões tomadas no inquérito por autoridade judicial incompetente: STJ, HC 83.632/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.^a T., j. 19.08.2010, v.u.

Quanto à realização dos atos investigatórios, cabe destacar que eles, em sua maioria, quanto à forma, não são regidos por um regramento muito preciso e meticuloso (pense no depoimento de uma testemunha), sendo muito difícil ocorrer alguma nulidade.

De toda forma, é plenamente possível pensar na existência de vícios de manifestação da vontade, a tornar ilícita a prova eventualmente produzida (ato produzido mediante coação, por exemplo, da vítima/testemunha/suspeito/indiciado).

Quanto à necessidade de um advogado acompanhar o feito, deve-se ter em vista algumas questões prévias: logo no início das investigações, não obstante o suspeito seja, inquestionavelmente, já um interessado – em relação ao qual não se pode opor o sigilo dos atos investigatórios realizados e já documentados -, cabe lembrar que ele não é ainda um acusado (ainda que genericamente). Sendo assim, salvo os casos de prisão¹⁴³⁸, a falta de um advogado acompanhando o feito, a nosso ver, não tem o condão de anular quaisquer dos atos praticados no curso da investigação. Não se quer com isso dizer que ele seja objeto da investigação. Ele pode exercer o direito de defesa, que é inato a qualquer pessoa. O que se quer pontuar é que, enquanto ele ostentar a qualidade de suspeito, não há, a rigor, uma acusação, ainda que genérica, não podendo o suspeito ser visto como um “acusado em geral”, não havendo obrigatoriedade de constituição de um defensor. De toda forma, não se pode olvidar o teor do artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, o qual assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e *aos acusados em geral* são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”¹⁴³⁹, sendo importante analisar quando alguém pode ser então considerado “acusado em geral”, para que haja incidência do contraditório e da ampla defesa. A nosso ver, essa qualidade estará patente quando houver prisão (provisória) ou quando for determinado o indiciamento/interrogatório do cidadão¹⁴⁴⁰. Ainda que se possa argumentar que também em alguns meios de investigação (busca/apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilos de dados, submissão à exame pericial) haveria um juízo (ainda que progressivo) de imputação, pensamos que não há que se falar, propriamente, em uma

¹⁴³⁸ A Constituição manda no artigo 5.º, inciso LXIV: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

¹⁴³⁹ Os destaques são nossos.

¹⁴⁴⁰ Também por isso, com razão Maurício Zanoide de Moraes ensina que “a) deverá ser garantido defensor para uma entrevista prévia com o futuro interrogado; b) deverá ser garantida a sua presença no ato de interrogatório para assegurar a legalidade do ato; c) o direito ao silêncio deverá ser respeitado, assim como a integridade física e psicológica do interrogado, não sendo ele obrigado a produzir prova contra si ou a colaborar com a prática de ato que seja prejudicial à sua defesa ou esfera jurídica” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. “Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente do que o futuro {nova regulamentação do interrogatório e sua aplicabilidade na fase pré-processual}”. In: Flávio Luiz Yarshell & Maurício Zanoide de Moraes. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005, p. 379). Embora não seja possível haver contraditório pleno, no curso do inquérito, nada obsta que seja permitido e, em certas situações, assegurado, o direito de defesa.

acusação, ainda que genérica. Caso contrário, fosse esse mesmo o desejo do constituinte, e caso se interpretasse que já naqueles atos haveria acusação (ainda que genérica) - devendo haver plena incidência de contraditório e da ampla defesa - haveria verdadeira antecipação da instrução criminal na fase de inquérito.

No fim, cabe fazer a observação de que, em sede de investigação preliminar, o juiz não é apenas um mero homologador dos pleitos ministeriais.

O Ministério Público não é o Senhor Supremo do inquérito, ou de qualquer outro tipo de procedimento penal preliminar, não funcionando como um “segundo juiz” (mesmo porque já existe um; não precisa de outro).

Caso contrário, a nossa lei não teria previsto que o juiz deve fiscalizar os atos praticados, dentre os quais o de autorizar o pedido de dilação de prazo¹⁴⁴¹.

Obviamente, não se quer dizer que o juiz possa conduzir a investigação, de forma alguma. Não é isso o que queremos dizer.

O **ponto é outro**, e reside no seguinte: no que diz respeito à tutela dos direitos e garantias fundamentais, o juiz tem um papel muito relevante. E, para tanto, é imprescindível, no mínimo, que o juiz tenha competência para analisar e decidir todas as questões que lhe são levantadas. Isso, obviamente, vale para todas as decisões, inclusive as de dilação de prazo para continuidade das investigações, em relação às quais cumpre ao juiz velar para que: (i) investigações abusivas não sejam levadas adiante (por anos e anos, como, *às vezes*, ocorre) e (ii) para fiscalizar a atividade do Ministério Público, que requer diligências meramente protelatórias, quando, no caso, a vítima teria todo o direito (fundamental) de ingressar com a ação penal privada subsidiária.

A rigor, muitos desses procedimentos preliminares deveriam ser fulminados de nulidade, já que se arrastam por anos e mais anos (extrapolando, em muito, a duração razoável de qualquer investigação, conforme bem anota Rogério Lauria Tucci¹⁴⁴²) – às

¹⁴⁴¹ O juiz no inquérito policial não é mero um mero homologador dos pedidos do Ministério Público, sobretudo no que tange ao controle dos pedidos de dilação de prazo da investigação, que constitui uma providência profundamente invasiva na vida do cidadão, mormente quando deferida indefinidamente. No ponto, o magistrado pode e deve controlar e frear eventual abuso ministerial quanto ao pedido de dilação indevida do inquérito, podendo o juiz determinar o seu trancamento ou, se não for o caso, abrir vista à vítima, para eventual propositura de ação penal privada subsidiária. Lembrando que o direito de ação é um direito fundamental, também posto em prol da vítima, conforme estabelece a Constituição, cabendo ao juiz averiguar quando as diligências solicitadas pelo Ministério Público são dilatórias e desnecessárias, devendo, se não for o caso de arquivamento da ação, notificar a vítima para tomar as providências que entender cabíveis. Portanto, a decisão concessiva de prazo para a continuidade das investigações não é nem deve ser automática.

¹⁴⁴² Ao se referir aos prazos do artigo 10, do Código de Processo Penal, Rogério Lauria Tucci observa que essa “norma legal é, correntemente, inobservada, prolongando-se a atividade investigatória por tempo indefinido, numa sucessão de prorrogações, de todo inadmissíveis. É verdade que alguns autores, como FAUZI HASSAN CHOUKR, pensando diferentemente, entendem que essa situação se enquadre na normalidade (...) **Todavia, esse posicionamento, do qual ousamos discordar, não resiste à singela referência de que a lei existe para ser cumprida**” (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias*

vezes sem passar pelo crivo do Poder Judiciário¹⁴⁴³ – sendo que, em regra, as manifestações/concessões de dilação de prazo são imotivadas.

fundamentais no processo penal brasileiro. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2009, p. 214)(grifamos e destacamos). Acrescenta o Autor, ao final: “**não valendo, por certo, a afirmação contrária de que no Brasil a lei é feita para não ser cumprida...**” (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro*, p. 214, nota de rodapé n. 26)(grifamos e destacamos)

¹⁴⁴³ A nosso ver, são absolutamente ilegais essas normativas administrativas da Justiça que dispõem que os inquéritos devem tramitar diretamente entre Ministério Público e a Polícia Judiciária, o que vai contra a lei, já que o artigo 10, § 3.º, do Código de Processo Penal, estatui: “a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz”. Contudo, cabe destacar que, apesar de não concordarmos com o afastamento da figura do magistrado do procedimento investigatório preliminar, conforme exposto acima, esse entendimento está de acordo com o entendimento da moderna doutrina processual penal, que defende que o controle da fase pré processual deve caber apenas ao Ministério Público, sendo “a (única) função que deve reservar-se ao magistrado é a apreciação de medidas que digam com a afetação de direitos fundamentais, seja do investigado, do ofendido ou de terceiros” (CAVALVANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 238). Evidentemente, do todo o já exposto aqui, não podemos concordar com isso.

CAPÍTULO 5

O PREJUÍZO E AS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹⁴⁴⁴

“Lei nacional alguma enumera quaes as formalidades do processo que, preteridas, dão logar a nullidade e, dahi, e porque nem sempre se teve em vista o critério exposto, a versatilidade e falta absoluta de orientação dos julgados dos nossos tribunaes superiores, ora erigindo em nullidades simples irregularidades de forma, ora deixando de pronunciar nullidades manifestas, incertezas que só têm concorrido para o descrédito cada vez maior da nossa magistratura, e sacrifício da justiça, que concretisa os proprios interesses sociaes”¹⁴⁴⁵.

5.1. A necessidade de se aliar o estudo do direito à jurisprudência.

Neste capítulo será efetuado o estudo jurisprudencial das nulidades processuais, análise pautada na casuística da matéria.

Tendo-se analisado as bases legais e dogmáticas das nulidades processuais no capítulo anterior, cumpre agora verificar como a teorização da matéria vem sendo aplicada

¹⁴⁴⁴ No passado, Carlos Honorioa Benedicto Ottoni já se dedicou ao estudo das nulidades com foco para a análise jurisprudencial, podendo-se citar a sua obra: OTTONI, Carlos Honorio Benedicto. *Nullidades do processo criminal ou compilação de accórdãos dos Tribunaes Superiores do Imperio*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laermmert, 1876. Preocupado com a uniformização da matéria, haja vista as diversas leis estaduais que passaram a cuidar de matéria processual na República, tornando a matéria de nulidades confusa, de tratamento assimétrico, é o estudo de: BENTO DE FARIA, Antonio. *Nullidades em matéria criminal no processo e julgamento seguidas de um promptuario criminal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1901. Também, seguindo as mesmas pegadas: PINHEIRO, Mário Guimarães. *Das nullidades no processo criminal: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

¹⁴⁴⁵ SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2.^a ed. São Paulo: Magalhães, 1937, p. 417.

pelos Tribunais Superiores, sobretudo em relação às questões relacionadas ao prejuízo, conceito aberto e muito controvertido, sendo o principal cerne deste trabalho.

Entende-se que é, sobretudo, pelo estudo das decisões judiciais que se consegue apreender a vida do direito, pois, como ensina Janaina Conceição Paschoal, “toda norma se realiza e se finaliza apenas na prática”¹⁴⁴⁶.

Cabe, no ponto, recordar os ensinamentos de Ricardo Antunes Andreucci, de que não adianta apenas a previsão de direitos e garantias fundamentais se não há uma correta aplicação pelos juízes, pois mesmo os princípios mais basilares, como o da legalidade, “sem o concurso de bons juízes, não representariam garantia alguma”¹⁴⁴⁷.

Como discorre Alberto M. Binder “analisar a jurisprudência sobre nulidades, por sua quantidade e diversidade, é uma tarefa ingrata”¹⁴⁴⁸.

De toda forma, trata-se de um enfrentamento necessário, até para evidenciar a necessidade de estabelecerem-se critérios.

Inquestionavelmente, a jurisprudência, embora não seja alçada à condição de fonte do direito, na prática acaba sendo. A lei é importante, mas, mais importante ainda, é saber como a jurisprudência interpreta a lei.

Não se pode incorrer no erro de que ao Poder Judiciário caberia, apenas, uma “função meramente aplicativa e mecânica”¹⁴⁴⁹ da lei, sendo que, conforme expõe Misabel de Abreu Machado Derzi, “é hoje cedo afirmar o papel criador do juiz. O abandono da caduca concepção de uma aplicação da lei, como um silogismo lógico dedutivo, em favor de uma compreensão jurídica, parece uma aquisição definitiva”¹⁴⁵⁰.

“A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de ‘racionalidade abstrata’, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao ‘homo juridicus’. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros *atos de razão*. Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que deva ser a nossa aspiração de certeza e objetividade”¹⁴⁵¹

¹⁴⁴⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. “Que os próximos 20 anos sejam crescentemente democráticos”. In: Alexandre de Moraes (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 360.

¹⁴⁴⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: RT, 1989, p. 79.

¹⁴⁴⁸ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*, p. xi.

¹⁴⁴⁹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 33.

¹⁴⁵⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, p. 60.

¹⁴⁵¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 136.

5.2. A preocupante falta de sistematização jurisprudencial.

Na matéria das nulidades processuais, a jurisprudência não mantém uma diretiva firme e linear. Verificam-se mudanças de entendimentos em um curto espaço de tempo.

Se ontem o tribunal tendia a reconhecer a nulidade em determinada situação, pode ser que hoje venha a adotar entendimento oposto. Amanhã, novamente, nada impede que essa posição venha a se modificada.

Certamente, perde com isso a justiça, cuja credibilidade e coerência passam a ser questionadas; depois, e, talvez, quem mais sente e sofre com todas essas mudanças e reviravoltas de entendimento é o cidadão jurisdicionado, que fica sem entender qual a razão de haver invalidação em um caso e não em outro. Nessa esteira, não é incomum serem proferidas decisões que são contraditórias com os precedentes do próprio tribunal.

A respeito do tema, quanto ao critério do prejuízo, há acórdãos discorrendo que, em determinadas hipóteses, se presume o prejuízo, não se aplicando o artigo 563, do Código de Processo Penal¹⁴⁵². Já outros, por seu turno, afirmam que, em nenhum caso, há presunção de prejuízo¹⁴⁵³. São muitas as inconsistências. O que pode indicar certo casuísmo no trato da matéria das nulidades processuais penais. Algumas vezes, é possível notar incoerências na linha de entendimento e das decisões proferidas pelo mesmo julgador, principalmente nos casos em que o magistrado é relator em um feito e não em outro.

É bem verdade que, em se tratando de contradições e mudanças de entendimentos dos tribunais, sempre se pode (contra) argumentar que o juiz tem sua livre convicção, não estando, portanto, atrelado ao entendimento de quem quer que seja, apenas à lei e à própria Constituição da República. Enfim, nesse sentido, as contradições que se verificam no dia-a-dia da Justiça seriam mais compreensíveis. Sendo assim, seria ingenuidade deste trabalho pretender analisar um fenômeno corriqueiro e, a rigor, esperado. Em que pese o exposto seja correto e até mesmo aceitável em se tratando de Tribunais Estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) e de Tribunais Federais de 2ª instância (Tribunais Regionais Federais), nos quais há um número de órgãos julgadores e de magistrados, em maior número, o mesmo não deveria ocorrer nos Tribunais Superiores.

Isso porque, tendo-se em vista o desiderato quanto à uniformização do direito, há um reduzido número de julgadores.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, há apenas 11 (onze) ministros.

O Supremo é composto por apenas duas turmas, a 1ª e 2ª Turma, bem como pelo seu órgão máximo, o Pleno, o qual é composto pela integralidade dos ministros.

¹⁴⁵² STF, RHC 106.394/MG, Ministra Relator Rosa Weber, 1.ª T., j. 30.12.2012, v.u. (p. 08, do acórdão)

¹⁴⁵³ STF, HC 110.160/DF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 2.ª T., j. 18.12.2012, v.u.

No Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, há 33 ministros, sendo o Tribunal dividido em seis Turmas, entre as quais apenas duas julgam matéria criminal, quais sejam, a 5ª e 6ª Turma, cujos ministros compõem também a 3.ª Seção, com o fim de melhor unificar a interpretação da matéria penal e processual penais.

O STJ também tem a Corte Especial, de cúpula, composto pelos 15 ministros mais antigos, julgando questões penais, no caso de ações penais originárias.

Também o argumento de que haveria muitas decisões conflitantes e incongruentes nos Tribunais Superiores pelo fato de tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça constituírem tribunais políticos, com todo o respeito, não prospera. Não se faz política com direitos fundamentais, os quais, como já foi analisado no primeiro capítulo¹⁴⁵⁴, devem ser protegidos e tutelados inclusive, se for necessário, contra a vontade de uma maioria, ainda que essa maioria se mostre qualificada.

O objetivo do presente capítulo é estudar as decisões dos Tribunais Superiores.

A escolha não foi aleatória, já que os Tribunais Superiores são responsáveis (ou melhor, têm a missão) pela uniformização do direito. Sendo assim, haja vista que a matéria das nulidades processuais penais envolve, principalmente, questões de direito, por isso foi escolhida a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

5.3. Metodologia utilizada no estudo da jurisprudência.

A análise jurisprudencial realizada neste capítulo não pretende (e nem poderia) esgotar toda a matéria no que concerne às nulidades processuais. Para tanto, o estudo pretende analisar apenas alguns dos vícios e hipóteses que dão ensejo ao reconhecimento das nulidades processuais, a título meramente ilustrativo.

Trata-se de pesquisa *qualitativa*, e não quantitativa, ou mesmo de cunho estatístico. Pretende-se analisar como as hipóteses de nulidades são tratadas nos Tribunais Superiores, com foco no prejuízo, procurando-se listar as linhas de julgamento, as tendências e as eventuais contradições entre os julgados, o que será útil para avaliar até que ponto há tratamento casuístico ou assistemático pela jurisprudência.

Em se tratando de pesquisa realizada perante nossos Tribunais Superiores, no qual há poucos órgãos julgadores (a rigor, tanto no Supremo quanto no Superior Tribunal de Justiça, há apenas duas Turmas que julgam, praticamente, quase toda a matéria referente à

¹⁴⁵⁴ No item 1.4.1.

seara penal¹⁴⁵⁵), nem seria necessária uma coleta muito expressiva de julgados para apreender o entendimento que o Tribunal adota em cada questão levantada.

Para tanto, foram selecionados alguns julgados, comparando-se o que decide uma e/ou outra Turma (a 1.^a e a 2.^a, no Supremo; a 5.^a e a 6.^a, no Superior) e, eventualmente, os demais órgãos (o Pleno, no Supremo Tribunal Federal, e a 3.^a Seção e/ou Corte Especial, no Superior Tribunal de Justiça). Dar-se-á, preferência aos julgados dos últimos três anos, isto é, de 2010 a 2013. De toda forma, caso seja interessante ao estudo, para confrontar entendimento recente, apontando-se, assim, possível mudança de posicionamento, serão colacionados julgados mais antigos.

5.4. Divisão do presente capítulo.

No presente capítulo, serão estudados os principais casos de nulidades processuais penais¹⁴⁵⁶. Evidentemente, sabe-se que a matéria das nulidades abrange, praticamente, todo o processo penal, sendo inviável tratar de todos os assuntos que lhe são referentes. Mesmo porque, dados os limites deste trabalho, esse não seria o objetivo deste estudo. Portanto, neste trabalho, foram selecionados alguns casos que, a nosso ver, salvo melhor juízo, têm suscitado muitos questionamentos quanto às nulidades e ao critério do prejuízo. Tentou-se, dessa forma, albergar o maior número de hipóteses possível, sendo que, fatalmente, haverá uma ou outra omissão, dada a grande extensão da matéria. Os casos serão divididos em itens, sendo separados por assuntos do processo penal. Dentro dos respectivos itens, haverá menção ao posicionamento dos Tribunais Superiores¹⁴⁵⁷, e, ao final, quando for possível, também algumas considerações críticas.

¹⁴⁵⁵ No ponto, observa que todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que compõem a 1.^a e 2.^a Turmas, também compõem o Pleno. Difícilmente, portanto, uma questão de direito decidida em ambas as Turmas é decidida de modo diferente no Pleno. No Superior Tribunal de Justiça, há alguma peculiaridade. Isso porque, não obstante os Ministros da 5.^a e 6.^a Turmas componham a 3.^a Seção, pode haver outros Ministros julgando matéria penal na Corte Especial. Nesse caso, pode haver, eventualmente, algum tratamento diferente da matéria na Corte Especial

¹⁴⁵⁶ Neste capítulo, não será feito um cotejo jurisprudencial das nulidades incidentes no inquérito policial, já que a sua análise já foi feita, ainda que superficialmente, no capítulo 4, ao tratarmos das hipóteses de nulidades no inquérito. Também não serão tratados os casos que configuram outras hipóteses de invalidades, diversas das nulidades, como alguns casos de falta de falta de pressuposto processual ou mesmo hipóteses de carência de ação.

¹⁴⁵⁷ Na maior parte dos itens, a análise feita se refere tanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça. Eventualmente, será feita a análise em apenas um desses Tribunais.

5.5. Análise de algumas hipóteses de nulidades processuais penais e sua interpretação nos Tribunais Superiores.

Segue a análise de algumas questões referentes às nulidades no processo penal brasileiro. Os tópicos são divididos, *na medida do possível e do conveniente*, conforme uma ordem lógica e cronológica dos assuntos dispostos dentro do rito processual penal.

Em determinadas ocasiões, fomos obrigados a fazer uma escolha no que concerne à disposição da ordem desses assuntos, quando não há uma sequência rigorosa/necessária. Por exemplo, assim ocorreu quanto à disposição do item referente às nulidades decorrentes de vício de incompetência, o qual abrange, praticamente, todas as fases do processo penal, desde a admissibilidade até fases bastante avançadas do processo.

Preferiu-se, por escolha discricionária, tratar dessas questões logo nos primeiros tópicos do presente capítulo. Conforme poderá se perceber, nos primeiros itens, a respeito dos assuntos relacionados à matéria, a abordagem será mais expositiva, de modo a deixar evidente a falta de critérios dos tribunais para resolver as questões relacionadas às nulidades. Portanto, sobretudo nos primeiros itens, uma análise mais minuciosa e expositiva dos julgados será feita. Os demais serão menos expositivos, sendo dada mais ênfase para a discussão do posicionamento firmado.

Logo no início, demonstrada a falta de sistematização da matéria – o que se dá, especialmente, nas nulidades decorrentes de falta de defesa preliminar (sobretudo na matéria de drogas), será feito um item de sugestão de critérios metodológicos para a resolução dos dilemas envolvendo as nulidades (item 5.5.1.1.1). Esse item, elaborado logo após a análise das primeiras inconsistências dos julgados de ausência de defesa preliminar na lei de drogas, servirá de base para o norteamento das demais nulidades analisadas, nos seguintes itens examinados.

5.5.1. A ausência de oportunidade e/ou de apresentação das defesas preliminares

Hipóteses muito comuns, que dão ensejo ao questionamento se há nulidade no processo, são aquelas situações em que não é concedida oportunidade¹⁴⁵⁸ para apresentação de defesas preliminares ao recebimento da ação penal.

Essas defesas preliminares estão previstas nos procedimentos especiais, podendo-se citar o procedimento para apurar a responsabilidade por crimes supostamente praticados por funcionários públicos (artigo 514, *caput*, do Código de Processo Penal). Também há a

¹⁴⁵⁸ Ou mesmo se concedendo o prazo, surge o problema quando a parte não apresenta a defesa preliminar.

sua previsão nos procedimentos das ações penais originárias (artigo 4.º, *caput*, da Lei 8.038/1990), bem como na Lei de Drogas (art. 55, da Lei 11.343/2006¹⁴⁵⁹).

Segue, abaixo, a análise das nulidades decorrentes das defesas preliminares no procedimento de drogas e dos funcionários públicos.

5.5.1.1. Ausência de defesa preliminar nos crimes da Lei de Drogas.

O Superior Tribunal de Justiça vem considerando que, embora não tenha havido notificação para apresentação da defesa preliminar nos crimes da lei de drogas, a nulidade, para ser reconhecida, deve vir acompanhada da **efetiva demonstração do prejuízo**.

Pois bem, esse entendimento tem se consolidado no Tribunal, ultimamente, mormente naqueles casos em que o processo teve seguimento, com prolação de sentença, pontuando os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que, nesses casos, teria sido possível o exercício da ampla defesa durante o curso da instrução, não havendo razão para reconhecer a nulidade¹⁴⁶⁰.

Cabe destacar que os acórdãos não são tão claros ao dizer qual o tipo de nulidade haveria no caso, se de ordem absoluta ou relativa. Nota-se uma tendência, sobretudo nos últimos anos¹⁴⁶¹, em considerar a hipótese como nulidade de ordem relativa¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁹ Na antiga Lei de Drogas (Lei n. 10.409/2002), havia previsão de defesa preliminar, em seu artigo 38.

¹⁴⁶⁰ STJ, HC 147.675/SP, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 27.11.2012, v.u. O Ministro Relator, Og Fernandes, pontua, no acórdão, que “no caso em apreço, conforme se extrai da simples leitura do aresto em sede de *habeas corpus*, o procedimento previsto pela Lei nº 10.409/02 não foi observado, razão pela qual resultou parcialmente deferida a liminar a fim de determinar o sobrestamento do curso da Ação Penal nº 2004.61.19.007864-4 (2ª Vara Federal de Guarulhos/SP). **É que naquele momento, prevalecia na Sexta Turma deste Tribunal a orientação segundo a qual configurava nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar, agora prevista no art. 55 da Lei nº 11.343/06, por violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, ainda que não tivesse sido demonstrado prejuízo efetivamente experimentado pela defesa. Contudo, a Sexta Turma desta Corte, assumindo a mesma linha de entendimento praticado na Quinta Turma, promoveu um realinhamento jurisprudencial, passando a decidir que a nulidade do rito procedimental pela inobservância da Lei nº 10.409/02, ante suposta privação da oportunidade de oferecimento da defesa preliminar, somente estaria configurada quando a defesa demonstrasse a existência de efetivo prejuízo.** Na extensa linha jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, é uníssono o entendimento segundo o qual não se concebe a nulidade do rito procedimental pela inobservância do art. 38 da Lei nº 10.409/02, quando for garantido aos réus o exercício da ampla defesa, e não se demonstra efetivo prejuízo com a supressão da defesa preliminar. É o que demonstram os precedentes ...” (p. 11/12, do acórdão). Enfim, de ordem absoluta a nulidade passou a ser tratada como relativa. Cita o Ministro, a esse respeito, um precedente relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura (HC 35.099/PE), bem como outro de relatoria do Ministro Gilson Dipp (HC 238.170/MT), ambos julgados em 2012, sendo que no último julgado se pontua que, no caso, a nulidade seria relativa, necessitando de alegação oportuna para o seu reconhecimento.

¹⁴⁶¹ Fala-se nos últimos anos, pois, antigamente, entendia a 6.ª Turma que a referida hipótese de invalidez corporificaria nulidade de ordem absoluta. Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa: “... 1. Não há falar em nulidade do processo por inobservância à regra do artigo 38 da Lei 10.409/2002 após o trânsito em julgado da ação penal, se a defesa em momento algum suscitou a sua falta durante o procedimento. Conquanto se trate de nulidade de natureza absoluta, deve-se levar em consideração a finalidade do ato. Não

A propósito, quando se trata de classificar a nulidade, se absoluta ou relativa, é interessante pontuar que, como regra geral, na maioria dos acórdãos consultados, não se dão maiores explicações a respeito dos motivos desse enquadramento (relatividade da nulidade): enfim, não se aponta muito bem a razão de, na espécie, a nulidade ser relativa, restringindo-se os Ministros a citar ementas de julgados anteriores, as quais, quando são consultadas e analisadas, também se restringem a citar outras tantas ementas (*e, assim, sucessivamente*), sem explicar, contudo, por que a nulidade seria de ordem relativa.

Algumas vezes, fala-se que a defesa não comprovou o prejuízo, mas, igualmente, não se explica porque não houve essa comprovação. Alguns acórdãos, inclusive, apesar de, inicialmente, discorrerem que à defesa caberia provar o prejuízo, concomitantemente pontuam que, em sede de *habeas corpus*, não caberia fazer essa mesma análise, pois não é possível exame “aprofundado” de provas.

Enfim, fica uma situação difícil, pois pontuam os julgados que a defesa tem que provar o prejuízo, mas, ainda que ele seja comprovado, os acórdãos discorrem que não se poderia fazê-lo em sede de *habeas corpus*. Ora, ainda que haja e seja possível provar o prejuízo, não se pode utilizar a via idônea para tanto: o *habeas corpus*.

Nesse sentido é o teor do acórdão proferido para os autos do HC n. 147.675/SP, julgado pela 6.^a Turma, na data de 27.11.2012, em que está assentado que o ônus de provar o prejuízo (efetivo) incumbiria à defesa, pontuando-se, contudo, nesse mesmo julgado “que qualquer pretensão de desconstituir ao quadro fático delineado na origem estaria inviabilizada, uma vez que a via do *habeas corpus* não permite o exame aprofundado do acervo fático-probatório dos autos”¹⁴⁶³.

A esse respeito, também a 5.^a Turma vem julgando que a inobservância do rito da Lei de Drogas, precisamente, a falta de apresentação da resposta preliminar, dá ensejo à nulidade de ordem relativa, a qual, para ser reconhecida, necessita de alegação oportuna e

se afigurando qualquer prejuízo, não é de se decretar a nulidade do procedimento. 2. Ordem denegada” (STJ, HC 69.954/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 15.10.2009). No mesmo sentido (de que seria uma nulidade absoluta), mas decidindo de modo absolutamente contrário à decisão anterior (por entender que a coisa julgada não sana nulidade absoluta), a mesma Turma entendeu: “Substâncias entorpecentes (tráfico ilícito). Defesa preliminar (inexistência). Rito previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 (inobservância). Nulidade processual absoluta (caso). Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado (irrelevância). Prisão (excesso de prazo). 1. A inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei nº 10.409/02 é causa de nulidade absoluta. 2. Quando de caráter absoluto, a nulidade não preclui nem é considerada sanada; pode ser arguida em qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Relator). 3. Habeas corpus concedido para se determinar a nulidade da ação penal desde o recebimento da denúncia, com a expedição de alvará de soltura se, por outro motivo, não estiver preso o paciente” (STJ, HC 125.161/SP, Ministro Relator Nilson Naves, 6.^a T., j. 24.08.2009).

¹⁴⁶² Nesse sentido, catalogando a hipótese como nulidade relativa: STJ, AgRg no HC 32.010/MS, Ministra Relatora Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.^a T., j. 11.06.2013, v.u.; STJ, AgRg no REsp 929.679/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.^a T., j. 02.02.2012, v.u.

¹⁴⁶³ STJ, HC 147.675/SP, Ministro Relator Og Fernandes, 6.^a T., j. 27.11.2012, v.u. (p. 14 do acórdão).

comprovação do prejuízo (HC 238.170/MT, j. 07.08.2012)¹⁴⁶⁴. O Ministro Relator desse caso, Gilson Dipp, pontuou, na espécie, que a eventual nulidade deveria ter sido suscitada, na instrução, precisamente até o momento das alegações finais¹⁴⁶⁵, de modo que, “superado o momento processual oportuno, não há que se falar na nulidade ora trazida ao exame desta Corte, principalmente em sede de *habeas corpus*, marcado por cognição sumária e rito célere”¹⁴⁶⁶. Também nesse precedente (HC 238.170/MT), o que se pode notar é que não se explica qual a razão de se entende relativa a referida nulidade¹⁴⁶⁷, cabendo destacar que, neste caso - diferentemente dos julgados que apontam que o *writ* não seria a via idônea - o *habeas corpus* foi conhecido, sendo denegada a ordem¹⁴⁶⁸.

Em idêntico sentido foi o precedente relatado pelo Ministro Jorge Mussi (HC 182.142/SP), datado de 19 de maio de 2011, tendo-se considerado que, na hipótese, haveria nulidade relativa (embora também não se explique o porquê disso), sendo necessários tanto a alegação oportuna quanto a comprovação do prejuízo, sendo que, segundo afirma o Relator, em nenhum momento foi esboçado qualquer prejuízo, não havendo indícios de falta de justa causa para a ação penal¹⁴⁶⁹. Analisando outra hipótese parecida, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 173.212/SP (j. 22.11.2012), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, apesar de não discorrer, *expressamente*, qual seria o tipo de nulidade, pontua que, no caso, não houve prejuízo, já que houve prolação de sentença condenatória, tendo o réu tido oportunidade de se defender no curso da ação penal; além do mais, deveria ter sido demonstrado o prejuízo quando da alegação da nulidade, destacando a Ministra Relatora que “**o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso**”¹⁴⁷⁰.

Houve um caso peculiar apreciado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no qual se discutia se poderia haver inversão na ordem dos atos, isto é, se o juiz poderia, após o recebimento da acusação, dar oportunidade para oferecimento da defesa preliminar,

¹⁴⁶⁴ STJ, HC 238.170/MT, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 07.08.2012, v.u.

¹⁴⁶⁵ STJ, HC 238.170/MT, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 07.08.2012, v.u. (p. 05, do acórdão). Cabe destacar que o Ministro não cita o artigo de lei em que se alicerçaria essa sua afirmação.

¹⁴⁶⁶ STJ, HC 238.170/MT, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 07.08.2012, v.u. (p. 05, do acórdão).

¹⁴⁶⁷ No ponto, a fundamentação do acórdão é esta: “a Eg. Quinta Turma desta Corte entende que a inobservância do trâmite processual implica nulidade relativa, que para ser reconhecida necessita da alegação oportuna juntamente com a comprovação do prejuízo” (STJ, HC 238.170/MT, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 07.08.2012, v.u.) (p. 05, do acórdão). No ponto, não se cita um artigo de lei, para referendar esse entendimento, nem mesmo qualquer apontamento doutrinário que mostre porque o Tribunal entende ser a nulidade relativa.

¹⁴⁶⁸ Fica apenas o registro da diferença de tratamento, sendo que esse é um questionamento que nem iremos entrar no mérito neste trabalho, causando perplexidade porque alguns *habeas corpus* são conhecidos e outros não, embora o assunto neles tratado seja o mesmo.

¹⁴⁶⁹ STJ, HC 182.142/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 19.05.2011, v.u.

¹⁴⁷⁰ STJ, HC 173.212/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 22.11.2012, v.u. (p. 14, do acórdão)(destacamos).

ratificando, contudo, o recebimento de denúncia anterior. No caso, a nulidade não foi reconhecida, aduzindo a Ministra Relatora que “a defesa preliminar não foi apresentada antes do recebimento da denúncia, mas depois, com decisão judicial a seu respeito, depois da análise de documentos e teses, havendo, pois, pleno contraditório e ampla defesa na fase embrionária do processo penal. Não há, portanto, nenhum prejuízo na espécie, apto a desfazer tudo o que foi produzido no primeiro grau de jurisdição, em razão dessa pequena inversão, adotado que acabou sendo o rito do art. 396 do Código de Processo Penal”¹⁴⁷¹.

No Supremo Tribunal Federal as discussões referentes à não concessão de prazo para a defesa preliminar nos crimes de drogas acabam sendo até mais acaloradas, havendo maior controvérsia e debate a respeito da matéria. De toda forma, assim como ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, houve, no Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, uma sensível oscilação de humores quanto ao tratamento da nulidade em epígrafe. De fato, houve uma grande mudança de entendimento, em prol da relativização dessas nulidades, já que, no passado, os Ministros, em sua maioria, tendiam a pronunciar a nulidade, bastando, para tanto, a mera constatação da inobservância do prazo para a defesa preliminar¹⁴⁷².

Neste sentido, citam-se os seguintes julgamentos: HC 93.779/SC, de relatoria do Ministro Eros Grau (j. 11.03.2008)¹⁴⁷³; HC 88.585/MS, de relatoria do Ministro Ayres Britto (j. 17.10.2006)¹⁴⁷⁴; HC 87.346/MS, de relatoria originária do Ministro Ricardo

¹⁴⁷¹ STJ, HC 154.734/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 07, do acórdão). Acrescenta: “e veja-se, mais se avulta a falta de prejuízo, diante do fato de já ter sido proferida sentença condenatória, onde analisada todas as teses da defesa, o que demonstra apresentar-se desarrazoado, a esta altura, decretar a pretendida nulidade, apenas para dar prevalência a uma formalidade, com desperdício de todos os atos processuais realizados, notadamente a colheita das provas, realizada em instrução processual sob o crivo do contraditório, acervo probatório este que foi suficiente para sustentar uma condenação” (STJ, HC 154.734/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u.)(p. 08, do acórdão).

¹⁴⁷² Antigamente, poucos eram os casos em que a nulidade não era conhecida nesses casos. A esse respeito, citam-se dois precedentes, todos de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que se pontua que a demonstração do prejuízo é necessária tanto em casos de nulidade absoluta quanto relativa: STF, HC 85.155/SP, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.ª T., j. 22.03.2005, v.u.; STF, HC 84.714/MG, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.ª T., j. 14.12.2004, v.u. Aliás, pelo que consta, o último precedente citado, segundo a própria Relatora discorre, foi o primeiro caso a respeito dessas questões de ausência de defesa preliminar (no procedimento da Lei 10.409/2002). Também há julgado de relatoria do Ministro Gilmar Mendes não reconhecendo a nulidade, por considerar ser necessária prova “cabal” do prejuízo, não bastando, para tanto, a mera conjectura de prejuízo: STF, HC 86.789/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 14.02.2006, v.u.

¹⁴⁷³ STF, HC 93.779/SC, Ministro Relator Eros Grau, 2.ª T., j. 11.03.2008, v.u.. No ponto, cabe só lembrar que, mais antigamente, o Ministro Eros Grau já votou contra o reconhecimento da nulidade, por considerar que, na hipótese, deveria haver prova do prejuízo da inobservância do rito da Lei n.º 10.409/2002 (interrogatório preliminar): STF, 86.166/CE, Ministro Relator Eros Grau, 1.ª T., j. 17.11.2005.

¹⁴⁷⁴ Neste caso, segue a transcrição da ementa, que fala que, na espécie, a comprovação do prejuízo constituiria verdadeira prova impossível: “Habeas Corpus. Alegação de Nulidade do Processo Penal pela inobservância do rito procedimental previsto na lei n.º 10.409/2002. Prejuízo cuja demonstração é impossível. Suscitado oportunamente o vício, é nulo o processo penal em que não se observa o contraditório prévio estabelecido pela Lei n.º 10.409/2002. Prejuízo inerente à abertura em si do processo penal, que, in casu, ainda culminou com a condenação. Precedentes: HC 84.835, RHC 86.680. Ordem concedida para

Lewandowski (j. 15.08.2006)¹⁴⁷⁵; RHC 86.680/SP, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (j. 13.12.2005)¹⁴⁷⁶; HC 88.836/MG, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (j. 08.08.2006)¹⁴⁷⁷; HC 84.835/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (j. 09.08.2005)¹⁴⁷⁸. Paulatinamente, o entendimento exposto, de cunho mais garantista, vem sendo modificado.

Em regra, por volta de meados de 2008, desde então, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo não haver prejuízo com o prosseguimento do processo, sobretudo nos casos em que há condenação, já que o réu pode se defender durante seu curso, alegando tudo que poderia ser suscitado em sede de defesa preliminar¹⁴⁷⁹: por tal ponto de vista, se, mesmo assim, houve condenação, significa que, invariavelmente, a acusação seria recebida. Hoje, portanto, conforme entendimento majoritário dos seus Ministros, o Supremo se mostra muito mais refratário ao reconhecimento da nulidade.

A esse respeito, cita-se o julgamento do HC 100.515/SP, (j. 16.08.2011), de relatoria originária do Ministro Celso de Mello, mas para o qual foi Relator para acórdão o

determinar a anulação do processo desde o recebimento da denúncia. (STF, HC 88585/MS, Ministro Relator Ayres Britto, 1.ª T., j. 17.10.2006, v.u.).

¹⁴⁷⁵ STF, HC 87.346/MS, Ministro Relator originário: Ricardo Lewandowski, Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, j. 15.08.2006. Neste julgado, o Ministro Ricardo Lewandowski pontuara, em seu voto, que “a nulidade apontada, com efeito, independe de comprovação de prejuízo por tratar-se de direito indisponível. É que qualquer assertiva quanto ao resultado da peça acusatória, quando esta já tenha sido recebida, sem que tenha havido o oferecimento da defesa prévia, é matéria meramente especulativa” (P. 353, do acórdão).

¹⁴⁷⁶ STF, HC 86.680/SP, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.ª T., j. 13.12.2005. Cabe destacar que, nesse caso, o Relator muda, seguidas vezes, de entendimento, vindo a concluir pela concessão da ordem, por inobservância do rito da Lei nº 10.409/2002. Houve divergência da parte da Ministra Ellen Gracie, que disse, textualmente: “Sr. Presidente, entendo que não houve prejuízo à defesa. É uma legislação tumultuária essa, de modo que levo em consideração aspectos de administração judiciária. Como podem esses fóruns judiciais funcionar com esse requinte bizantino de procedimento? Vossa Excelência conhece a situação, por exemplo, do fórum de São Paulo e de todas as grandes cidades. Numa cidade de interior, pode ser que o juiz realmente tivesse oportunidade de estender tudo isso” (p. 358, do acórdão). Posteriormente, em outro caso, o Ministro Joaquim Barbosa votou no mesmo sentido, reconhecendo a nulidade: STF, HC 94.027/SP, Ministra Relator originária: Ellen Gracie; Ministro Relator para acórdão: Joaquim Barbosa, 2.ª T., j. 21.10.2008.

¹⁴⁷⁷ STF, HC 88.836/MG, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.ª T., j. 08.08.2006, v.u. Neste caso, discutia-se a nulidade decorrente de ausência de interrogatório prévio, consoante a Lei n.º 10.409/2002. Na oportunidade, o Ministro Cezar Peluso havia assentado: “o prejuízo oriundo da supressão do prévio interrogatório é evidente, embora de demonstração impossível. Não há como saber se, diante do teor do interrogatório, teria o juiz deixado de receber a denúncia ou desclassificado a imputação feita aos pacientes, aplicando então a partir daí o rito previsto na Lei 9.099/95. São possibilidades que não podem ser pré-excluídas, nem negadas. O fato em si de a denúncia ter sido recebida e, ao final, condenados os pacientes, indica prejuízo à defesa e, como tal, é suficiente ao reconhecimento da nulidade do processo” (p. 674, do acórdão). O Ministro Cezar Peluso também reconheceu a nulidade em outro caso, tendo pontuado que a inobservância do rito legal implica nulidade, “sobretudo quando tenha sido o réu condenado” (STF, HC 95.289/SP, Ministra Relatora originária: Ellen Gracie; Ministro Relator para acórdão: Cezar Peluso, 2.ª T., j. 21.10.2008).

¹⁴⁷⁸ STF, HC 84.835/SP, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 09.08.2005), v.u. No ponto, apesar de o Ministro discorrer que o prejuízo deveria ser demonstrado mesmo em casos de nulidade absoluta, destacou que, no caso, essa prova seria impossível.

¹⁴⁷⁹ Nesse sentido: STF, HC 99.441/SP, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.ª T., j. 09.02.2010, v.u.

Ministro Luiz Fux, cujo entendimento preponderou¹⁴⁸⁰. No caso citado, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, pontuara que a fiel observância das formas processuais, sobretudo quando instituídas a favor do réu, representa uma inestimável garantia de liberdade, tendo colacionado precedentes em que a Corte considera a hipótese como nulidade de ordem absoluta, “**sendo-lhe ínsita** a própria ideia de prejuízo”¹⁴⁸¹. Em seu voto, rememorou o Ministro Celso de Mello as ponderações exaradas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 84.835/SP, de que a demonstração do prejuízo, nesses casos, seria instituição de verdadeira prova impossível, já que não haveria como se provar que “se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida”¹⁴⁸². O Ministro traz à colação, em seu voto, também outros precedentes de sua relatoria (HCs ns. 90.226/SP, 96.967/SP e 98.382/SP), pontuando haver nulidade do processo se houver inobservância dessa fase do processo, que reputa ser insuprimível (conforme destaca). Contrário a esse entendimento foi o voto do Ministro Luiz Fux¹⁴⁸³, que, no final, foi vencedor, frisando que a razão do dispositivo (defesa preliminar) seria a verificação da viabilidade do recebimento do recebimento, de modo que, uma vez tendo sido dado prosseguimento ao processo, e havendo sentença condenatória, esta supriria “essa inépcia da denúncia, tanto assim que há um outro título que a substitui, que é o acolhimento da própria acusação que nela se encaixa”¹⁴⁸⁴.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux pondera que, para reconhecimento da nulidade, seria necessária a demonstração de prejuízo à defesa, citando, para tanto, precedentes de relatoria da Ministra Ellen Gracie (HC 99441/SP) e do Ministro Ricardo Lewandowski (HC 95.434/SP), acerca da necessidade de se comprovar prejuízo concreto, ainda que a nulidade seja reputada absoluta. O Ministro pontuou, ressaltou, que, tendo havido o regular prosseguimento do processo, com sentença condenatória, “*a fortiori*, conclui-se que, independentemente da participação do paciente na fase preliminar do processo-crime, a denúncia seria recebida, não havendo que se falar em prejuízo para a defesa”¹⁴⁸⁵

¹⁴⁸⁰ STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário: Celso de Mello; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2.ª T., j. 16.08.2011.

¹⁴⁸¹ STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário: Celso de Mello; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2.ª T., j. 16.08.2011.(p. 13, do acórdão). Citava, para tanto, o precedente de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (RHC 86.680/SP).

¹⁴⁸² STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário: Celso de Mello; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2.ª T., j. 16.08.2011.(p. 14, do acórdão).

¹⁴⁸³ O Ministro Luiz Fux, apesar de integrar outra Turma, foi convocado para este julgamento, nos termos do art. 41, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a fim de integrar o quórum necessário de julgamento, já que ausente estava o Ministro Gilmar Mendes e licenciado o Ministro Joaquim Barbosa.

¹⁴⁸⁴ STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário: Celso de Mello; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2.ª T., j. 16.08.2011.(p. 17, do acórdão). Cabe só destacar que o Ministro Luiz Fux fala em inépcia da denúncia e, no ponto, a questão não diz respeito à nulidade por ausência de defesa preliminar (!).

¹⁴⁸⁵ STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário: Celso de Mello; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2.ª T., j. 16.08.2011.(p. 23/24, do acórdão).

Assim, no Supremo Tribunal Federal, os Ministros, de modo geral, reconhecem que, no caso, pode haver nulidade (não obstante haja controvérsia entre os Ministros se ela seria absoluta ou relativa¹⁴⁸⁶), havendo, contudo, divergência quando a nulidade deverá ser decretada, já que, para o seu reconhecimento, vem-se entendendo, mais recentemente, ser necessária a comprovação do prejuízo, o que, como regra, antes não se entendia.

Nessa esteira, segue o teor do julgamento do HC 112.652, (j. 11.09.2012), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que o Ministro ressalta que, desde o julgamento do HC 94.011/SP (de relatoria do Ministro Menezes Direito), a 1.ª Turma “decidiu mitigar o entendimento sobre a configuração de nulidade absoluta na hipótese mencionada, afirmando que se faz necessária a demonstração do efetivo prejuízo”¹⁴⁸⁷.

Aliás, no julgamento de outro caso parecido, o Ministro Ricardo Lewandowski já pontuara a tendência do Supremo Tribunal Federal “no sentido de relativizar essa nulidade”, a ponto de torná-la, praticamente, uma nulidade de ordem relativa¹⁴⁸⁸.

Nos últimos anos (desde, precisamente, o ano de 2008), foram poucos os julgados que reconheceram o prejuízo, podendo-se citar o caso paradigmático do julgamento do HC 96.864/SP (j. 20.10.2009)¹⁴⁸⁹. Neste caso, após o voto da Ministra Relatora, Cármen Lúcia,

¹⁴⁸⁶ Não há uma linearidade, no Supremo, em se considerar a hipótese como nulidade absoluta ou relativa. Nota-se que, em um e outro julgamento, os Ministros mudam muito de opinião a respeito dessa questão. Às vezes, em um mesmo acórdão, um Ministro fala em nulidade absoluta e outro em nulidade relativa, o que inviabiliza uma melhor sistematização do assunto. Não há uma uniformidade, como há nos julgados do STJ (no qual, hoje, tanto a 5.ª quanto a 6.ª Turma têm entendido ser caso de nulidade relativa). A respeito das mudanças de entendimentos no Supremo, cita-se o julgamento do HC 95.434/SP (j. 25.08.2009), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que ali se fala, expressamente, em nulidade absoluta em razão da inobservância do art. 38, da Lei n.º 10.409/2002 (pontuando, entretanto, o Ministro, que o STF vem mitigando o reconhecimento da nulidade). Contudo, no julgamento do HC 96.864/SP (j. 20.10.2009), o Ministro Ricardo Lewandowski fala em nulidade relativa (p. 674, do acórdão), sendo que, posteriormente, no julgamento do HC 98.101/SP (j. 01.º.06.2010), o Ministro volta a falar, novamente, em nulidade absoluta (embora pontue que o STF tem mitigado o reconhecimento da nulidade). No ponto, o exposto revela certa imprecisão no uso das palavras, o que, de toda forma, deveria ser evitado, ainda mais em se tratando de julgamento da mais alta Corte do país, que deve primar pelo rigor técnico, pois, doutrinariamente, há diferenças drásticas em se falar que um vício enseja a nulidade absoluta ou a nulidade relativa. Pode-se notar uma uniformidade nos votos dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sendo que este considera a hipótese como nulidade de ordem relativa (HC 96.684/SP, p. 675, do acórdão) e aquele (Celso de Mello) a considera como nulidade absoluta. No que diz respeito aos demais Ministros, cabe destacar que os seus respectivos votos são um pouco lacunosos a esse respeito. De toda forma, há uma tendência, no STF, em se falar em nulidade absoluta no caso. Nesse sentido, mais recentemente: STF, HC 103.094/SP, Ministro Relator Ayres Britto, 2.ª T., j. 02.08.2011, v.u. Ainda assim é bom lembrar que o reconhecimento da nulidade absoluta não tem levado os Ministros a reconhecê-la em todos os casos, pois, como pontua e vem julgando o Ministro Ricardo Lewandowski, tem havido mitigação quanto ao seu reconhecimento.

¹⁴⁸⁷ STF, HC 112.652/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 11.09.2012, v.u. (p. 08, do acórdão).

¹⁴⁸⁸ STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.10.2009. (p. 674, do acórdão).

¹⁴⁸⁹ STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.10.2009. Neste caso, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, denegava a ordem, já que, a seu ver, não foi apontado prejuízo concreto pelo impetrante, sendo que mesmo na hipótese de nulidade absoluta, a demonstração do prejuízo seria necessária. No ponto, a Ministra disse que a parte apenas se

que denegava a ordem, votou o Ministro Marco Aurélio, que disse não haver dúvidas de que, no caso, haveria nulidade de ordem relativa, que deveria ser alegada no momento oportuno¹⁴⁹⁰; o Ministro discorreu que a nulidade foi alegada tempestivamente, sendo que o que estaria em jogo, na espécie em discussão, seria justamente o contraditório, passando a ter o Estado-juiz duas ópticas: do “Estado-acusador, retratada na denúncia, e a óptica da defesa, retratada na peça consubstanciada da denominada defesa prévia”¹⁴⁹¹. E segue o Ministro Marco Aurélio, a respeito do prejuízo causado com a ausência de defesa preliminar, vindo a ser certificado justamente com a sentença condenatória:

Ministro Marco Aurélio: “Descabe imaginar que essa lei – como disse – umbilicalmente ligada à paridade de armas – para utilizar a expressão da doutrinadora citada pelo Ministério Público, Ada Pellegrini Grinover -, venha a acabar em desuso, ou seja, que se inobserve, que se coloque em plano secundário, uma forma essencial à validade do processo. Questiona-se não ter sido demonstrado o prejuízo. Subscrevo o que o ilustre defensor público, de São Paulo, Doutor Rafael Reamia Muneratti, afirmou da tribuna. A inexistência da observação da forma gera a presunção de prejuízo, sob pena de desconhecemos que nada surge sem causa, sob pena de termos o artigo 38 da Lei nº 10.409/2002 como a revelar a forma pela forma, como algo inócuo, sem uma razão de ser. E a razão de ser está na conveniência de se ouvir a parte acusada antes do recebimento da acusação pelo Judiciário, homenageada a medula do devido processo Penal – o contraditório. Há mais, Presidente. Vamos abandonar a presunção de prejuízo, muito embora seja desnecessário aguardar a sentença contraditória para assentar a existência de prejuízo. Veio à balha o que apontei como certidão do prejuízo. Nesse processo, em que o acusado não teve o direito de se manifestar quanto à imputação retratada na denúncia, ele veio a ser condenado à pena de reclusão de quatro anos, alcançada, assim, a liberdade de ir e vir. Tenho que o prejuízo é estreme de dúvidas. Está certificado pelo próprio Judiciário em documento público – na sentença proferida. Como, então, dizer que não houve prejuízo? Não posso, Presidente, presumir, nesse campo, que viria a ser inócua a manifestação da defesa antes do recebimento da denúncia. Para mim, basta haver dessa mesma audição a imposição por meio de preceito imperativo. Peço vênua, Presidente, para reafirmar que, no arcabouço normativo, o artigo 38 da Lei nº 10.409/2002 não se mostra um simples penduricalho. Não é algo que consubstancie apenas o retardamento da marcha processual. É segurança jurídica, para chegar-se, se for o caso, à proclamação da culpa do envolvido, mas ensejado a ele, à exaustão, o exercício do lúdimo direito de defesa. Concedo a ordem”¹⁴⁹². (...) “Presidente, gostaria de ressaltar apenas mais um aspecto. A norma é semelhante a outra que estamos cansados de cumprir como Juízes Naturais. Aludo ao disposto na Lei nº 8.038, de 1990, e não consta que Ministro do Supremo, tendo em conta processo originário, deixe de observar o que se contém

restringiu a dizer que não foi cumprido o procedimento legal (oportuna para oferecimento da defesa preliminar), sem apontar, contudo, prejuízo concreto.

¹⁴⁹⁰ Contudo, o Ministro não explica porque a nulidade seria relativa, tendo apenas tecida considerações de que a nulidade relativa deve ser argüida oportunamente e que a nulidade absoluta pode ser reconhecida a qualquer tempo.

¹⁴⁹¹ STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.10.2009. (p. 675, do acórdão).

¹⁴⁹² STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.10.2009 (p. 676/677, do acórdão).

no artigo 4º, da Lei n. 8.038 (...) Essa é a formalidade essencial, inafastável, para depois caminhar-se no sentido da deliberação sobre o recebimento ou não da denúncia”¹⁴⁹³.

Cabe destacar que, neste caso, o Ministro Ayres Britto também concedeu a ordem, ao argumento de que “a ausência de oportunidade para o oferecimento da defesa prévia na ocasião legalmente assinalada revela-se incompatível com a pureza do princípio constitucional da plenitude de defesa, mormente em matéria penal. É como dizer: a falta do alegado requisito da defesa prévia à decisão judicial quanto ao recebimento da denúncia, em processo penal constitucionalmente concebido como pleno, deixa de sê-lo. A ampla defesa é transformada em curta defesa, ainda que por um momento, e já não há como desconhecer o automático prejuízo para a parte processual acusada”¹⁴⁹⁴.

Cita-se o Ministro Ayres Britto, porque ele manteve esse mesmo entendimento em alguns casos¹⁴⁹⁵, tendo, contudo, julgado de forma um pouco diferente em outros casos.

Com efeito, em acórdãos mais recentes, o Ministro Ayres Britto acompanhou o posicionamento dos Ministros que consideraram inexistir, na hipótese, prejuízo concreto, conforme consta do julgamento do HC 100.515/SP (j. 16.08.2011)¹⁴⁹⁶, bem como do HC 98.101 (j. 01º.06.2010)¹⁴⁹⁷, não reconhecendo, portanto, a nulidade.

¹⁴⁹³ STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.10.2009. (p. 683/684, do acórdão).

¹⁴⁹⁴ STF, HC 96.864/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.10.2009. (p. 692/693, do acórdão).

¹⁴⁹⁵ Cita-se, mantendo esse entendimento, acórdão de sua relatoria, ementado nos seguintes termos: “... 1. A ausência de oportunidade para o oferecimento da defesa prévia na ocasião legalmente assinalada revela-se incompatível com a pureza do princípio constitucional da plenitude de defesa, mormente em matéria penal. A falta do alegado requisito da defesa prévia à decisão judicial quanto ao recebimento da denúncia, em processo penal constitucionalmente concebido como pleno, deixa de sê-lo. A ampla defesa é transformada em curta defesa, ainda que por um momento, e já não há como desconhecer o automático prejuízo para a parte processual acusada. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela necessidade de demonstração do prejuízo para a defesa, mesmo nos casos de nulidade absoluta. Todavia, esse entendimento só se aplica quando é logicamente possível a prova do gravame. 3. Em casos como o presente, é muito difícil, senão impossível, a produção da prova do prejuízo. Pelo que o recebimento da denúncia e a condenação dos pacientes passam a operar como evidência de prejuízo à garantia da ampla defesa (HC 84.835, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). 4. No campo das nulidades processuais, a preclusão – forma de convalidação do ato praticado em desconformidade com o modelo legal – diz respeito propriamente às chamadas nulidades relativas, porque somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de provocação do interessado. 5. Ordem concedida, com determinação de expedição de alvará de soltura dos pacientes” (STF, HC 103.094/SP, Ministro Relator Ayres Britto, 2.ª T., j. 02.08.2011, v.u.).

¹⁴⁹⁶ Como já analisado anteriormente, também neste caso não foi dada oportunidade para o oferecimento da defesa preliminar, sendo que, ante o prosseguimento do processo, para o qual foi proferida sentença condenatória, os Ministros, em sua maioria, consideraram inexistir prejuízo, pois a defesa pode ser exercida durante o curso processual. De toda forma, a existência de sentença condenatória, segundo o entendimento de alguns Ministros, demonstraria que havia viabilidade para o recebimento da ação penal, de modo que ela seria recebida de qualquer forma. Nesse sentido votou o Ministro Luiz Fux, tendo-o acompanhado o Ministro Ayres Britto. Consulte-se: STF, HC 100.515/SP, Ministro Relator originário: Celso de Mello; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 2.ª T., j. 16.08.2011. (p. 18, do acórdão).

¹⁴⁹⁷ STF, HC 98.101/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j. 1.º.06.2010, v.u.

Não se está, com essa constatação, pretendendo censurar o Ministro Ayres Britto, que, efetivamente, muito honra o Supremo Tribunal Federal, como Ministro, bem como o país, como jurista, tendo proferido votos que, certamente, entraram para a história, aliando o Ministro Ayres Britto a boa técnica no direito com a poesia, a literatura e, por que não dizer, a espiritualidade, que bem pode ser traduzida em valores humanísticos.

Ademais, também outros Ministros julgam, algumas vezes, de modo incoerente com a linha que adotaram anteriormente.

No ponto, citam-se esses exemplos, ao longo deste capítulo, para mostrar que essas pequenas incoerências e diferenças de julgamento (e tratamento jurídico) existem e – sobretudo quando não justificadas por alguma peculiaridade do caso concreto – causam, de fato, perplexidades, quer para os operadores do direito, quer para os jurisdicionados, os quais, justamente, mais sofrem com a diferença de tratamento conferido.

Hoje, o que se tem é a tendência em considerar inexistente o prejuízo, e, por consequência, não se reconhecer a nulidade, nesses casos em que o processo-crime tem prosseguimento, sobretudo quando há sentença condenatória do acusado¹⁴⁹⁸, com exceção dos entendimentos isolados dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que, em regra, têm seguido uma linearidade e votado pelo reconhecimento da nulidade.

Quanto à análise da matéria em apreço, cabe destacar, com a devida vênia ao entendimento sedimentado dos Tribunais Superiores, há equívoco ao interpretarem que a ausência de oportunidade/apresentação da defesa preliminar nos procedimentos dos crimes de drogas constituiria nulidade de ordem relativa. Sob qualquer ângulo que se analise a questão, seja pela ótica constitucional, seja pela ótica legal, a nulidade, nesse caso, é de ordem absoluta. A ausência de defesa preliminar atinge, diretamente, a ampla defesa.

Não é crível sustentar que em um momento culminante do processo como esse (juízo de admissibilidade da acusação), a falta de apresentação da defesa preliminar não vulneraria a ampla defesa. Ademais, no Código de Processo Penal, a alínea que elenca os vícios incidentes nos prazos da acusação e da defesa é insanável, conforme interpretação do artigo 572, do Código de Processo Penal. Ainda que assim não fosse, mesmo que se interpretasse que os prazos conferidos à defesa e à acusação ensejariam nulidade relativa (frise-se, por uma leitura equivocada do artigo 572, do Código de Processo Penal), não havendo previsão de qualquer prazo preclusivo para alegação da nulidade por falta de defesa preliminar no artigo 571, a rigor esse vício não preclui, o que, na prática, leva à conclusão de que a nulidade seria absoluta.

Quanto ao prejuízo, não é correto interpretar que não tenha havido, sobretudo nos casos em que há condenação. Ao contrário. O prejuízo já se corporifica com o mero

¹⁴⁹⁸ STF, HC 112.652/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 11.09.2012, v.u.

recebimento da acusação, lembrando que o recebimento indevido de uma denúncia, à margem do devido processo legal, corporifica mácula insanável na vida de uma pessoa.

O mero fato de já ser processado já é em si uma pena, um prejuízo.

O fato de ter havido uma sentença condenatória superveniente não é argumento idôneo para não reconhecer a nulidade. Ora, fosse assim, todo feito com uma sentença condenatória impediria o reconhecimento do prejuízo, o que se revela algo sem sentido, do ponto de vista lógico-jurídico.

Ademais, a prolação de uma sentença condenatória, por si só, não indica que, no momento inicial do processo, havia, de fato, elementos para conferir justa causa para a ação penal. No ponto, **uma das finalidades** da defesa preliminar é justamente discutir a justa causa (análise dos elementos preprozessuais), o que não ocorre na sentença, na qual se discutem provas produzidas em contraditório, durante a instrução.

Portanto, não faz sentido utilizar a sentença condenatória como um argumento para se afirmar que, no feito, necessariamente, teria havido recebimento da acusação, pois uma coisa (o momento para se discutirem os elementos indiciários, para justa causa da ação) não tem relação com outra (provas produzidas para condenação, durante a instrução).

É absolutamente plausível imaginar um feito que tenha se iniciado sem justa causa, mas que durante o seu curso tenham sido produzidos nos autos elementos *suficientes* para a condenação: a questão que fica é se, mesmo assim, poderia a ilegalidade decorrente da falta de justa causa ser desconsiderada ante o julgamento de mérito (condenação)?

Nem sempre uma sentença condenatória poderá certificar que o recebimento da acusação foi acertado. Caso contrário, a vigorar o exposto, então teríamos que aplicar o mesmo entendimento para a sentença absolutória: ora, quer dizer então que toda sentença absolutória indicará que não havia justa causa anterior para o processo, que o processo penal não teria sido necessário e devido? Obviamente que não. Isso vai depender do caso concreto.

Ainda que fosse possível inferir da condenação, por dedução, que teria havido, em regra, recebimento da ação penal (independentemente de haver, ou não, defesa preliminar), nada garante que o teor da decisão condenatória seja em si correto e justo.

E isso é muito relevante pontuar, pois há uma peculiaridade que, às vezes, passa despercebida: quando os Ministros dos Tribunais Superiores não reconhecem a nulidade, sob o argumento de já haver uma sentença condenatória, implicitamente estão afirmando que aquela sentença condenatória é acertada e se mostra inquestionável. **O que é isso senão uma presunção de culpa, sobretudo nos casos em que contra a sentença pende recurso?** Tal discurso vulnera, de modo cabal, a presunção de inocência e inviabiliza que se reconheça uma nulidade que é manifesta.

O fato de haver condenação não indica que ela seja em si é acertada.

Pode ter havido uma condenação completamente absurda, que não se arrima em qualquer elemento probatório ou indiciário.

Somente em caso de haver a prolação de uma sentença absolutória superveniente é que se poderia **desconsiderar** o prejuízo (que, frise-se, pode ter existido, haja vista o eventual e possível recebimento de uma acusação sem justa causa).

Enfim, o que se quer demonstrar neste capítulo, e o item em apreço mostrar, é que não há critérios seguros para tratar das nulidades pelos Tribunais Superiores. 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.

5.5.1.1.1. Sugestão de critério metodológico para o pronunciamento das nulidades.

Como visto acima, a jurisprudência dos Tribunais Superiores são inconsistentes no que tange ao pronunciamento das nulidades. Essa inconsistência poderá ser verificada ao longo dos itens abaixo, que tratam de outras hipóteses de nulidade. De toda forma, seria interessante, desde logo, antes de analisar as outras hipóteses de nulidades, expor algumas considerações a respeito de critérios que podem contribuir para nortear o intérprete na resolução dos diversos problemas envolvendo as nulidades. Essas sugestões irão contribuir

para a análise das demais nulidades, na jurisprudência, analisadas no presente capítulo, facilitando o seu exame ao longo de toda a presente exposição.

Pois bem, na análise de toda e qualquer nulidade deve ser averiguado, antes de tudo: (1) se há violação à lei; (2) qual tipo de nulidade gera; (3) qual a razão desse entendimento e (3) quais as consequências jurídicas decorrentes dele, sobretudo no que concerne ao (4) prejuízo e suas características.

O critério consubstanciado na violação à lei é relativamente simples, pois basta o vício (seja de forma ou, em alguns casos, de conteúdo e de vontade) para se reputar viciado o ato. No que tange ao questionamento relacionado ao tipo de nulidade, como foi exposto tanto no capítulo 3¹⁴⁹⁹ quanto no capítulo 4¹⁵⁰⁰, demonstrou-se que a análise se a nulidade seria absoluta ou relativa deve se pautar em um critério formal (elencado, para tanto, na lei), não material (insubsistente para diferenciar uma nulidade da outra).

Sendo todos os vícios sujeitos às nulidades imperfeições de natureza 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, de certa forma, invariavelmente, alguma presunção, ou melhor, evidência de prejuízo.

Presume-se, geralmente, o que ordinariamente acontece.

Pressupondo-se que a lei não foi instituída inutilmente (o que é uma presunção relativa) e que a forma legal serve a alguma finalidade reputada relevante pelo legislador, não é difícil concluir que o vício ocorrido, quando sujeito ao regime das nulidades processuais, deva ter frustrado alguma finalidade normativa. O esperado é que com o vício já haja prejuízo. Sendo assim, não há, em realidade, um ônus específico para quaisquer das partes (o que vale tanto à defesa quanto para a acusação), para provar o prejuízo, já que uma vez verificado o defeito (seja qual ele for), a presunção é que tenha havido prejuízo.

Portanto, todo e qualquer vício, que é sujeito ao regime das nulidades processuais penais, implicará uma presunção de prejuízo. **Sobretudo nos casos em que há uma cominação de um rol específico de atos jurídicos sujeitos à nulidade (ou esparsos no Código), o prejuízo, nesses casos, até mais que presumido (o que se dá em qualquer nulidade!), mostra-se evidente.** A imperfeição do ato (sobretudo a de cunho formal), de todo modo, sempre será um forte indício de nulidade, qualquer que seja o seu tipo

¹⁴⁹⁹ Item 3.6.1.1.4.

¹⁵⁰⁰ Especialmente no item 4.4.4.3.3.

(absoluta ou relativa). O prejuízo é sempre presumido em qualquer hipótese de nulidade processual, pois, caso contrário, se aquele determinado modo de praticar o ato não fosse importante, o legislador não o teria previsto. Ter-se-ia optado pela liberdade das formas em vez da sua legalidade. Assim, se o legislador chega a prever um determinado modelo para que o ato seja praticado é porque entende que é dessa forma (e não de outra) que ele cumpre melhor todas as suas finalidades.

Insista-se mais uma vez: o quanto exposto vale tanto para o vício que dá ensejo ao reconhecimento da nulidade relativa quanto para a nulidade absoluta.

É um pouco inconsistente, assim, pretender sustentar que a nulidade relativa, em tese, também não acarretaria uma violação de algum valor fundamental, sendo equivocados, na seara processual penal, pretender diferenciar uma nulidade da outra por esse critério.

De fato, não existe um critério material apto a distinguir uma nulidade de outra, com base só no direito (fundamental) violado. Mesmo porque, 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 as nulidades em absolutas e relativas, com base em um critério de cunho material (suposta gravidade intrínseca ao vício sujeito à anulação).

Caso se fizesse isso, estar-se-ia hierarquizando as nulidades e, de certo modo, os direitos fundamentais que cada uma delas tutela, o que se mostra inadequado (não há uma hierarquia entre os direitos fundamentais, o que é uma lição básica nessa matéria).

Igualmente impróprio seria instituir um critério consubstanciado na ponderação de valores/princípios no caso concreto. Afinal, se nem os juristas que cuidam do assunto se entendem a respeito do tema, que se dizer do cenário que haveria se os juízes tivessem que lidar, apenas, com todos esses critérios de ponderação de valores.

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 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 cunho formal, objetivo**, ainda se afigura a melhor solução. Na verdade, se bem adaptada ao processo, 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 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. Esse é o único critério apto a distinguir as nulidades de ordem relativa das absolutas. **Essa distinção existe em nossa lei, sendo olvidada pelos tribunais.** A rigor, sequer se cita a lei nos acórdãos, não sendo de se estranhar, por isso, a grande incoerência com que é tratada a matéria, já que cada um aplica o que bem entende, sem fundamentar a solução na lei.

Uma vez constatado, no curso do processo, um vício grave, que, por isso mesmo, estará sujeito ao regime das nulidades, o prejuízo é sempre presumido.

Em alguns casos, caso o vício recaia em um ato reputado essencial ao processo (elencado no artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal ou em hipóteses esparsas, quando cominada nulidade específica), o prejuízo é, aliás, evidente.

Somente uma argumentação muito consistente, por parte do magistrado, poderá afastá-lo, pois o defeito da prática do ato indicará sempre um prejuízo, ainda que potencial, seja ele concernente as questões de mérito (culpa ou inocência), seja relacionado às questões de direito, que, cabe lembrar, também são objeto do processo (entre as quais se coloca a discussão de fatores relacionados à pena justa, em caso de condenação, e mesmo ao fundamento da absolvição). Por isso, o mero de fato de haver condenação e absolvição, nem sempre afasta o prejuízo, pois o vício pode ter acarretado um agravo para a parte no que concerne à discussão de questões relacionadas à matéria de direito, que têm ressonância no fundamento da condenação/absolvição.

Por fim, presente um vício grave (anulável), não incumbe à parte comprovar nada. Não é seu ônus. O vício, por si só, quando suscitado pela parte, já faz presumir um prejuízo e essa presunção (quando o prejuízo não for evidente¹⁵⁰¹, só devendo ser afastado em hipóteses muito excepcionais) deve ser devidamente afastada pelo próprio juízo, por uma argumentação, na maioria dos casos, meramente lógica, já que, quando presente um vício, a regra será a existência de um prejuízo à parte, sendo a sua ausência a exceção.

Então, quando ausente prejuízo, é esperado que essa inexistência se mostre, no caso concreto, cristalina, não necessitando de muita argumentação ou elucubração, pois, caso contrário, a menor dúvida quanto à sua presença milita a favor do pronunciamento da nulidade, já que sempre haverá uma presunção de prejuízo, em qualquer vício sujeito ao regime das nulidades processuais penais.

O que ocorre é que se dispensam todos esses critérios, pois o julgador faz, não raro, “conta de chegada”. Em vez de legitimar a solução para o caso nas formas legais, respeitam-se as formas e regras do processo com base na solução que reputa justa e correta ao caso. Inverte-se a ordem das coisas: em vez de se analisar, antes, se as regras foram

¹⁵⁰¹ Nos casos de nulidades cominadas especificamente, como ocorre em nosso ordenamento jurídico, com os vícios elencados no artigo 564, inciso III, bem como em algumas passagens esparsas no Código de Processo Penal.

seguidas, procura-se analisar, previamente, se a decisão dada ao caso (ou vislumbrada para ele) pode ser considerada a mais correta; feita essa análise, é disso que, como regra, tem dependido o pronunciamento, ou não, das nulidades processuais.

Portanto, em breve síntese conclusiva, na resolução dos problemas relacionados à nulidade, deverá ser analisado:

(1) se há um vício no processo sujeito ao regime das nulidades;

(2) se esse vício vem cominado, especificamente, na legislação, como hipótese de nulidade, o que facilita a tarefa do intérprete quanto à primeira indagação;

(3) se esse vício vem catalogado, no ordenamento jurídico, como hipótese de nulidade absoluta ou relativa;

(4) se relativa, se foi o vício suscitado no momento oportuno;

(5) se alegado o defeito no momento oportuno, deverá, em regra, ser pronunciada a nulidade, já que sempre se presume prejuízo, ainda que de ordem meramente potencial, sendo ele relacionado aos valores fundamentais, em prol do acerto do fato, seja quanto ao mérito (condenação/absolvição), seja quanto ao direito subsumível (a pena justa, em caso de condenação e ao correto fundamento da absolvição).

(6) somente em casos bem excepcionais, quando cristalina a ausência de prejuízo (seja para as questões de mérito, seja para as de direito), não será reconhecida a nulidade.

(7) não existe ônus para a parte comprovar prejuízo; essa argumentação deverá ser dada pelo magistrado, de forma satisfatória, de modo a não deixar dúvidas, já que ele é, em certo sentido, um garantidor dos direitos e garantias fundamentais e do devido processo legal, sendo que basta a alegação do vício sujeito à nulidade (qualquer que seja ele) para que haja uma presunção de prejuízo.

(8) nas hipóteses de vícios cominados de modo específico (como, por exemplo, o rol do artigo 464, inciso III, do Código de Processo Penal, ainda que não corporifiquem nulidade de ordem absoluta (por estarem previstos no rol do artigo 572, do Código de Processo Penal), o prejuízo, mais que presumido, é evidente, para não dizer certificado. Para afastá-lo, só mesmo uma argumentação muitíssimo consistente e idônea por parte do magistrado, o que ocorrerá apenas em hipóteses absolutamente excepcionais (e não como regra, como, de modo impróprio, se julga hoje em dia).

5.5.1.2. Ausência de defesa preliminar nos procedimentos dos funcionários públicos

O Superior Tribunal de Justiça entende, já há algum tempo, que a nulidade por falta de observância da defesa preliminar do funcionário público é relativa¹⁵⁰².

No julgamento do HC 220.235/MT (j. 04.09.2012) isso fica expresso, sendo que a Ministra Laurita Vaz, em voto, destaca que “a ausência de defesa preliminar oportunizada ao funcionário público, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, antes do recebimento da peça inicial acusatória, por constituir nulidade relativa, exige arguição oportuna e a demonstração de prejuízo”¹⁵⁰³. Contudo, nos acórdãos consultados, igualmente ao que ocorria nos procedimentos de drogas, não se explica muito bem por que a nulidade seria relativa, citando, para tanto, os argumentos de autoridade dos precedentes de outros julgados, os quais, também, não explicam ao certo em que consistiria a relatividade da nulidade e continuam a citar outras ementas. É assim que dá para entender que a 6.^a Turma considera que o caso seria uma nulidade relativa, já que, nos acórdãos, citam-se as ementas da 5.^a Turma, as quais falam em nulidade relativa¹⁵⁰⁴.

O Superior Tribunal de Justiça pontua que, para o reconhecimento desta nulidade, é necessária a demonstração de prejuízo.

Nesses casos, em especial, de falta de defesa preliminar para o recebimento das denúncias oferecidas contra funcionários públicos, o Superior Tribunal de Justiça vem listando inexistir nulidade, especialmente quando a ação penal é acompanhada de inquérito policial, citando nos precedentes a súmula n. 330, do STJ, que pacificou esse entendimento no Tribunal. Nesse sentido, foi o julgamento recente do HC 188.951/RJ (j. 16.10.2012)¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰² No sentido de que se trata de nulidade relativa: STJ, RHC 18.338/MS, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6.^a T., j. 04.04.2006, v.u.; STJ, REsp 279.681/RN, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.^a T., j. 09.03.2006, v.u.; STJ, HC 31.585/MG, Ministro Relator Paulo Medina, 6.^a T., j. 19.05.2005; STJ, REsp 670.739/RJ, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.^a T., j. 16.04.2005, v.u.; STJ, HC 17.563/MG, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.^a T., j. 20.09.2001, v.u.; STJ, RHC 8.770/SP, Ministro Relator Edson Vidigal, 5.^a T., j. 07.10.1999, v.u.; RHC 8.191/SP, Ministro Relator Felix Fischer, 5.^a T., j. 18.02.1999, v.u. Cabe destacar que no julgado de relatoria de Edson Vidigal, o Ministro afirma ter o entendimento pessoal de que a nulidade seria absoluta, não obstante, neste julgamento, acompanhasse o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça de que haveria nulidade relativa.

¹⁵⁰³ STJ, HC 220.235/MT, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.^a T., j. 04.09.2012, v.u. Também restou pontuado, neste caso, que houve inquérito policial, sendo desnecessária a defesa preliminar também por esse motivo. Esses mesmos fundamentos também constam de outros precedentes do Tribunal, entre os quais se fala em nulidade relativa e dispensabilidade da defesa preliminar quando o feito é acompanhado de inquérito policial: STJ, HC 231.413/ES, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, 5.^a T., j. 10.04.2012, v.u.; STJ, HC 144.425/PE, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.^a T., j. 15.12.2009, v.u.

¹⁵⁰⁴ STJ, RHC 21.731/MA, Ministro Relator Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 6.^a T., j. 18.10.2011, v.u.

¹⁵⁰⁵ STJ, HC 188.951/RJ, Ministro Relator (Desembargador convocado do TJ/PR) Campos Marques, 5.^a T., j. 16.10.2012, v.u. No mesmo sentido: STJ, HC 152.777/SP, Ministro Relator (Desembargador convocado do TJ/CE) Haroldo Rodrigues, 6.^a T., j. 09.11.2010, v.u.

Também em precedente relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o Tribunal seguiu esse entendimento, tendo-se pontuando que a nulidade em epígrafe deveria ser alegada em momento oportuno, sob pena de preclusão¹⁵⁰⁶; anotou a Ministra Relatora que a parte não teria aduzido a nulidade na primeira oportunidade que teve para fazê-lo, mantendo-se inerte tanto no interrogatório quanto na defesa prévia, sendo que “somente se alardeou a questão nas alegações finais”¹⁵⁰⁷. Na oportunidade, também restou assentado que inexistiria prejuízo, já que a defesa teve “ampla oportunidade de demonstrar eventuais equívocos na persecução, no seio da instrução”¹⁵⁰⁸, tendo, por fim, a Ministra Relatora se pautado no entendimento da súmula n. 330, do STJ, de modo a não reconhecer a nulidade.

No Supremo Tribunal Federal não vigora o entendimento de que a defesa preliminar seria dispensável nos casos em que a ação penal tenha sido instruída com inquérito policial. Pode-se concluir que, para o Supremo Tribunal Federal, é equivocado o teor da súmula 330, do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual o entendimento sumular é afastado nesta Suprema Corte, sendo possível o reconhecimento da nulidade por inobservância do artigo 514, do Código de Processo Penal, ainda que o feito tenha sido acompanhado de inquérito policial: enfim, o fato de a denúncia vir embasada em inquérito policial não afasta a obrigatoriedade da defesa preliminar, conforme dispõe a lei¹⁵⁰⁹.

Nessa matéria, igualmente ao que se deu em tema de nulidade por inobservância do rito da Lei de Drogas (defesa preliminar), houve mudança da forma como se passaram a julgar essas questões, pois, antigamente, era mais comum que os Ministros reconhecessem a nulidade apenas pela inobservância do artigo 514, do Código de Processo Penal.

Assim, no passado, no julgamento do HC 95.402/SP (j. 31.03.2009), o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Eros Grau, deixara consignado: “a não observância de formalidade essencial em procedimentos específicos viola as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”¹⁵¹⁰.

Igualmente foi reconhecida a ilegalidade em não se observar a defesa preliminar, sem se fazerem maiores indagações quanto ao prejuízo ou outras questões: HC 89.689/SP (j. 12.06.2007), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Nos últimos anos, contudo, as coisas mudaram.

¹⁵⁰⁶ STJ, HC 126.901/RS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 19.06.2012, v.u.

¹⁵⁰⁷ STJ, HC 126.901/RS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 19.06.2012, v.u., (p. 05, do acórdão).

¹⁵⁰⁸ STJ, HC 126.901/RS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 19.06.2012, v.u. (p. 06, do acórdão).

¹⁵⁰⁹ STF, HC 110.361/SC, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 05.06.2012, v.u. Neste mesmo sentido: STF, HC 95.402/SP, Ministro Relator Eros Grau, 2.ª T., j. 31.03.2009, v.u.; STF, HC 89.686/SP, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 12.06.2007, v.u.

¹⁵¹⁰ STF, 95.402/SP, Ministro Relator Eros Grau, 2.ª T., j. 31.03.2009, v.u. (p. 694, do acórdão).

O Supremo Tribunal Federal entende que, no caso, a nulidade é de ordem relativa, devendo ser alegada em momento oportuno, com a demonstração de prejuízo¹⁵¹¹.

Os acórdãos também assentam que, sobretudo nos casos em que já há sentença condenatória, segundo discorre o Ministro Ricardo Lewandowski, não há “motivo lógico ou jurídico para que sejam repetidos todos os atos processuais, realizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que resultaram na condenação do paciente, uma vez que a impetrante não logrou demonstrar, de forma concreta, o prejuízo provocado pela ausência de defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP”¹⁵¹².

É interessante que, quanto ao prejuízo, há Ministros que entendem que ora a condenação atesta a inexistência de prejuízo, ora corporifica, justamente, a certidão de que houve prejuízo. No primeiro sentido, por exemplo, o Ministro Cezar Peluso já teve oportunidade de consignar, por exemplo, que “a própria condenação é a prova mesmo de que a ação era mais do que viável”¹⁵¹³, ao que respondeu a Ministra Cármen Lúcia que “o direito de defesa foi exercido”¹⁵¹⁴. Também o Ministro Ricardo Lewandowski tem esse

¹⁵¹¹ STF, HC 110.361/SC, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 05.06.2012, v.u. Contudo, o acórdão não explica porque a nulidade seria de ordem relativa, acrescentando apenas que tanto na nulidade relativa quanto na absoluta se faria necessária a demonstração de prejuízo. No ponto, o acórdão também não explicita até qual momento a nulidade poderia ser suscitada, sob pena de preclusão. No mesmo sentido, apontado ser relativa a nulidade (sem contudo, explicar o porquê): STF, HC 104.054/RJ, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.ª T., 06.03.2012, v.u.; STF, HC 89.686/SP, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 12.06.2007, v.u.

¹⁵¹² STF, HC 110.361/SC, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 05.06.2012, v.u. Neste mesmo sentido: STF, HC 104.054/RJ, Ministro Relator Joaquim Barbosa, 2.ª T., 06.03.2012, v.u. É só interessante pontuar aqui que neste julgamento participou o Ministro Celso de Mello, o qual geralmente reconhece a nulidade nesses casos, o que demonstra uma certa inconsistência do referido Ministro, já que julga de um jeito enquanto Relator, mas de outro quando não lhe cabe a relatoria.

¹⁵¹³ STF, HC 85.779/RJ, Ministro Relator originário: Gilmar Mendes; Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Pleno, j. 28.02.2007. (p. 998, do acórdão). Em outra oportunidade, o Ministro Cezar Peluso, em caso para o qual foi designado Relator, redigiu a seguinte ementa: “AÇÃO PENAL. Funcionário público. Defesa preliminar. Art. 514 do CPP. Ausência. Superveniência de sentença condenatória. Existência de conduta típica. Prejuízo da questão preliminar. HC denegado. A superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa prévia à denúncia” (STF, 89.517/RJ, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.ª T., j. 15.12.2009, v.u.).

¹⁵¹⁴ STF, HC 85.779/RJ, Ministro Relator originário: Gilmar Mendes; Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Pleno, j. 28.02.2007. (p. 998, do acórdão). Em outro caso também a Ministra Cármen Lúcia julgara dessa forma, tendo seguido, em regra, essa linha de entendimento em seus votos, para não reconhecer a nulidade. Confira-se, a respeito: “... 1. A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser argüida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o art. 514 do Código de Processo Penal tem por objetivo ‘dar ao réu-funcionário a possibilidade de evitar a instauração de processo temerário, com base em acusação que já a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada. Obviamente, após a sentença condenatória, não se há de cogitar de consequência de perda dessa oportunidade de todo superada com a afirmação, no mérito, da procedência da denúncia’ (HC 72.198, DJ 26.5.1995). 4. Se a alegação de excesso de prazo não foi apreciada pelas instâncias antecedentes não cabe ao Supremo Tribunal dela conhecer, sob pena de supressão de instância. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e na parte conhecida denegado” (STF, HC 97.033/SP, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 12.05.2009).

entendimento, assentando, em casos assim: “não vejo o que o paciente poderia ter alegado nessa defesa prévia que já não tivesse feito sob o crivo do contraditório”¹⁵¹⁵.

Diferentemente entende o Ministro Marco Aurélio, para quem: “no tocante à falta de atendimento a uma forma essencial à valia do ato, creio que, no momento propício ou pelo menos no derradeiro momento, aquele de que cogita o artigo 500 do Código de Processo Penal, houve articulação, e a demora na apreciação da matéria na última trncheira do cidadão, o Supremo, não pode prejudicar o acusado. Se não ocorreu a preclusão, se a defesa não perdeu a oportunidade de articular o defeito, pode ele ser declarado a qualquer momento e, na minha óptica, a condenação imposta apenas potencializa, escancara o prejuízo sofrido”¹⁵¹⁶.

Muito interessante foi a discussão ocorrida em um julgado relatado pelo Ministro Ayres Britto (HC 95.712/RJ). Neste caso, restara assentado que a nulidade (relativa) deveria ser arguida até o momento das alegações finais¹⁵¹⁷ (*diferentemente do que pontuara a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em julgado citado acima, no STJ: hc 129.901*). Em seu voto, o Ministro Ayres Britto concedeu a ordem, consignando que, uma vez suscitada no momento oportuno, a nulidade deveria ser reconhecida invariavelmente, já que o prejuízo se mostra indissociável da “abertura em si do processo penal”, sendo o vício, na hipótese, daqueles de ordem insanável:

Ministro Ayres Britto: “Presente essa moldura, tenho que a ordem é de ser deferida. De saída, repiso que a defesa suscitou, em sede de alegações finais, a falta de estrito cumprimento ao rito estabelecido no art. 514 do Código de Processo Penal. Rito que estabelece a exigência da notificação para resposta escrita em duas oportunidades: na cabeça do artigo e no parágrafo único. Relativizá-lo, então, é negar vigência do Direito Posto. E o fato é que o principal destinatário do comando legal é o Estado-juiz, a quem caberá, inclusive, nomear defensor público se não for conhecida a residência do acusado. (...) Daqui se segue que, **suscitado oportunamente o tema da nulidade processual**, o prejuízo pela supressão da chance de oferecimento de resposta preliminar ao recebimento de denúncia é indissociável da abertura em si do processo penal. Processo que, **no caso**, resultou em condenação, já confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (em sede de apelação), no patamar de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, nos termos do *caput* do art. 316 do Código Penal (concessão). 15. Tal como assinaléi ao votar no HC 96.846, redator para o acórdão o ministro Marco Aurélio (cuja discussão se assemelha ao caso dos autos), a ausência de oportunidade para o oferecimento da resposta preliminar na ocasião legalmente assinada revela-se incompatível com a pureza do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, mormente em matéria penal. É como dizer: a falta do legado requisito da defesa preliminar à decisão judicial quanto ao recebimento da denúncia, em processo penal que se marca pela garantia

¹⁵¹⁵ STF, HC 85.779/RJ, Ministro Relator originário: Gilmar Mendes; Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Pleno, j. 28.02.2007. (p. 1006, do acórdão).

¹⁵¹⁶ STF, HC 85.779/RJ, Ministro Relator originário: Gilmar Mendes; Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Pleno, j. 28.02.2007. (p. 1015, do acórdão).

¹⁵¹⁷ STF, HC 95.712/RJ, Ministro Relator Ayres Britto, 1.ª T., 20.04.2010, v.u.

constitucional da ampla defesa e do contraditório, é vício de natureza insanável. A ampla defesa é transformada em curta defesa, ainda que por um instante, e já não há como desconhecer o automático prejuízo para a parte processual acusada; pois o fato é que a garantia da prévia defesa é instituída como possibilidade concreta de a pessoa levar o magistrado a não receber a denúncia ministerial pública. Vale dizer: sem a oportunidade de se contrapor ao Ministério Público quanto à necessidade de instauração do processo penal – objetivo da denúncia do Ministério Público –, a pessoa acusada deixa de usufruir da garantia da plenitude de defesa para escapar à pecha de réu em processo penal. O que traduz, por modo automático, prejuízo processual irreparável, pois nunca se pode saber que efeitos produziria na subjetividade do magistrado processante a contradita do acusado quanto ao próprio juízo de recebimento da denúncia ministerial pública”¹⁵¹⁸.

É interessante citar esse caso¹⁵¹⁹, pois dele participou a Ministra Cármen Lúcia, a qual votou juntamente com o Ministro Relator para conceder a ordem, não obstante, em casos parecidos, e de sua relatoria, a Ministra Cármen Lúcia tenha votado pela denegação da ordem, pois, segundo seu entendimento, a superveniência de sentença condenatória, conforme pontuara em outros precedentes, denotaria a ausência de prejuízo¹⁵²⁰.

Tudo o quanto foi dito para a nulidade decorrente de ausência de defesa preliminar nos crimes de drogas pode ser dito neste caso.

Também aqui o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se equivocam ao interpretar que a não apresentação da defesa preliminar nos procedimentos dos crimes funcionais imputados aos funcionários públicos constituiria nulidade de ordem relativa. Sob qualquer ângulo que se analise a questão, seja pela ótica constitucional, seja pela ótica legal, a nulidade, nesse caso, é de ordem absoluta.

A ausência de defesa preliminar atinge, diretamente, a ampla defesa.

Não é crível sustentar que, em um momento culminante do processo como esse (juízo de admissibilidade da acusação), a falta de apresentação da defesa preliminar não vulneraria a ampla defesa. Sobre a natureza absoluta nos crimes dos funcionários públicos segue o voto vencido do Ministro Edson Vidigal:

Ministro Edson Vidigal: “Senhores Ministros, inicialmente registro que não poderá tomar parte neste julgamento, o eminente Ministro Felix Fischer, tendo em vista ser da sua lavra o presente Recurso. O Código de Processo Penal, no seu Art. 514, prevê, para os delitos funcionais, o direito de o funcionário público poder contestar a denúncia ou queixa antes do seu recebimento. Indaga-se: A nulidade decorrente da inobservância desta regra é apenas relativa, sanável, ou a omissão da formalidade gera nulidade de natureza absoluta? O Acórdão recorrido

¹⁵¹⁸ STF, HC 95.712/RJ, Ministro Relator Ayres Britto, 1.ª T., j. 20.04.2010, v.u. (p. 729/731, do acórdão). Interessante pontuar que, nesse caso, a Ministra Cármen Lúcia votou com o Relator (consoante p. 732/733, do acórdão), não obstante, em diversos outros casos, a Ministra Cármen Lúcia tenha entendido que, na hipótese em tela, mormente quanto há prosseguimento do processo, com condenação do acusado (como no caso em apreço), não haveria que se falar em nulidade, por inexistir prejuízo.

¹⁵¹⁹ STF, HC 95.712/RJ, Ministro Relator Ayres Britto, 1.ª T., j. 20.04.2010, v.u.

¹⁵²⁰ Confira-se, de sua relatoria: STF, HC 97.033/SP, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 12.05.2009.

confirmou a decisão de primeiro grau – que anulou o feito a partir do recebimento da denúncia – ao entendimento de que a falta de notificação do funcionário para apresentar a resposta preliminar no prazo de 15 dias, é causa de nulidade absoluta. O Ministério Público sustenta no especial que a nulidade é relativa, sendo imprescindível para a sua decretação a alegação no tempo oportuno e a demonstração do prejuízo sofrido pela parte. Razão não assiste ao recorrente. O diploma processual determina expressamente no seu Art. 514, uma oportunidade a mais de defesa, no caso de crime praticado por funcionário público, que não pode ser suprimida sob pena de violação ao princípio constitucional da ampla defesa. Tivesse tido a oportunidade de oferecer sua ‘defesa preliminar’, possivelmente o juiz não receberia a denúncia, o que obstaria a ação penal no seu nascedouro. A lei confere tal importância a essa providência que exige, caso não seja conhecida a residência do acusado, ou se achar ele fora da jurisdição do juiz, a nomeação de defensor para apresentar a resposta preliminar. A não-observância da regra fere também o princípio do contraditório, pois à defesa não foi dada a oportunidade de contrariar a acusação antes do recebimento da denúncia, conforme prevê a lei, afrontando, outrossim, o devido processo legal. Sobre o tema doutrina Ada Pellegrini Grinover. (...) Não é outra a lição de Tourinho Filho. (...) Nesse sentido, decidiu o STJ, à unanimidade, no julgamento do Resp 1769 – SP, 6.ª Turma, Relator Ministro José Cândido, DJ 16/10/91, assim ementado: (...) . E o STF, NO HC 60104-9 – SP, 1ª Turma, Relator Ministro Oscar Corrêa, DJ 08.10.82: ‘Artigo 514 do Código de Processo Penal. Falta de notificação do acusado para responder, por escrito, em caso de crime afiançável, a apresentada a denúncia. Relevância da falta, importando nulidade do processo, porque atinge o princípio fundamental da ampla defesa. Evidência do prejuízo. (...)’. Assim, nego provimento ao recurso”¹⁵²¹.

Também não tem o menor sentido não se reconhecer a nulidade porque, em tese, teria havido inquérito policial. Esse argumento não se sustenta, sendo que a súmula 330, do STJ, bem como os julgados que se alicerçam nela, violam todos frontalmente a lei. Melhor razão assiste aos julgados do Supremo Tribunal Federal, que desconsideram esse entendimento de que seria desnecessária a defesa preliminar o feito tenha sido instruído por inquérito policial. Aliás, como bem disse o Ministro Cezar Peluso: “essa jurisprudência – abrindo parêntese -, fundada na necessidade ou desnecessidade de inquérito, com o devido respeito, para mim não têm consistência, até porque a Lei 8.038, que regula expressamente ações penais fundadas em inquéritos, prevê prazo igual e nem por isso dispensa defesa prévia”¹⁵²². Acrescentou o Ministro Marco Aurélio, na oportunidade, que “o inquérito é o inquérito. É inquisitorial. Sabemos que não há contraditório propriamente dito. Corre na polícia e não em órgão investido de jurisdição. A abertura de oportunidade para a manifestação do acusado diz respeito a processo jurisdicional. Não potencializo a

¹⁵²¹ STJ, REsp 106.491/PR, Ministro Relator originário: Edson Vidigal; Ministro Relator para acórdão: José Dantas, 5.ª T., j. 10.03.1997. (voto vencido)(grifamos). No julgamento do REsp 66.606 (j. 13.05.1997), o Ministro Edson Vidigal disse que mantinha esse entendimento (nulidade absoluta); contudo, haja vista ser voto vencido na Turma, disse que votaria com a maioria, ressalvado o seu entendimento pessoal.

¹⁵²² STF, HC 85.779/RJ, Ministro Relator originário: Gilmar Mendes; Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Pleno, j. 28.02.2007. (p. 997, do acórdão).

tramitação do inquérito a ponto de afastar o que previsto na legislação quanto à manifestação do acusado”¹⁵²³.

5.5.2. A decisão de recebimento da acusação.

É difícil encontrar um acórdão que faça a análise ou reconheça a nulidade por falta de fundamentação da decisão de recebimento da acusação.

Antigamente, isso era ainda mais raro de ser feito, pois, antes, afirmava-se que a decisão de recebimento da acusação constituía um mero despacho, com força decisória, não sendo uma decisão. Hoje, pelo menos, houve relativa¹⁵²⁴ evolução nessa interpretação.

De toda forma, os acórdãos que enfrentam a questão, geralmente, não reconhecem a nulidade. A esse respeito, cita-se um precedente relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, cujo voto condutor foi exarado nos seguintes termos:

“Não há falar em nulidade no recebimento da denúncia, porquanto não há efetiva demonstração de prejuízo. De acordo com moderna doutrina processualística, que leva em consideração, na análise da nulidade, a finalidade para a qual foi idealizado cada ato, anular o processo em comento, no qual não se verifica prejuízo, leva a um formalismo que desperdiça tempo e prejudica a eficiente prestação jurisdicional”¹⁵²⁵ (...) “E, veja-se, se houve decisão jurisdicional, fundada de modo expreso no art. 41 do Código de Processo Penal, com juízo positivo de admissão da *persecutio criminis*, é porque entendeu o magistrado de primeiro grau presentes os requisitos mínimos para o prosseguimento da ação penal. Mesmo porque, na espécie, não faz sentido declarar essa nulidade, porquanto já há sentença condenatória e acórdão de apelação, transitado em julgado (fls. 121/122), onde confirmado o édito condenatório. Todas as teses, da acusação e da defesa, já foram mais do que analisadas e sopesadas, havendo estofo, portanto, para condenação. Não tem sentido prático, diante desse quadro, anular tudo para que o juiz processante emita pronunciamento sobre a viabilidade inicial da acusação, se já foi acolhida definitivamente. (...) Não há dúvida de que a forma é uma garantia, mas como tal, tem como finalidade maior assegurar a paridade de armas, notadamente no concernente às oportunidades de incursões de teses. No caso concreto, isso ocorreu, apresentando a presente súplica, em verdade, a tese da forma pela forma, sem demonstração de efetivo prejuízo”¹⁵²⁶.

¹⁵²³ STF, HC 85.779/RJ, Ministro Relator originário: Gilmar Mendes; Ministra Relatora para acórdão: Cármen Lúcia, Pleno, j. 28.02.2007. (p. 1012, do acórdão).

¹⁵²⁴ Fala-se relativa, pois, mesmo recentemente, é possível encontrar acórdãos do Supremo Tribunal Federal que discorrem que o ato de recebimento da acusação não precisa, necessariamente, ser fundamentado, não havendo que se falar em nulidade: STF, HC 101.971/SP, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 21.06.2011, v.u.

¹⁵²⁵ STJ, HC 127.131/SC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 20.09.2012, v.u. (p. 06, do acórdão).

¹⁵²⁶ STJ, HC 127.131/SC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 20.09.2012, v.u. (p. 07, do acórdão). Nesse mesmo sentido, a Ministra Relatora, no acórdão, cita os seguintes precedentes: HC 181.031/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze; HC 179.134/SP, de relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE); HC 153.229/GO, de relatoria do Ministro Jorge Mussi; HC 173.212, de relatoria da Ministra Laurita Vaz).

Como se pode notar da decisão colacionada acima, o Superior Tribunal de Justiça, em nenhum momento, enfrenta a questão se houve ou não falta de motivação da decisão de recebimento da acusação. A Relatora relata que o magistrado, por ter recebido a acusação, teria entendido que havia juízo positivo para a acusação, o que é algo lógico. Contudo, a Ministra em nenhum momento discorre a respeito da fundamentação esposada. Utiliza do argumento de que houve sentença condenatória para aduzir que não houve prejuízo, o que, aliás, já fizera o Supremo Tribunal Federal, em julgado mais antigo¹⁵²⁷.

Caso muito interessante analisado pelo STJ referiu-se à suposta antecipação, pelo juízo da causa, do entendimento de que não seria caso de absolvição sumária já na fase do artigo 395, do Código de Processo Penal. Nesse caso, um *habeas corpus* impetrado pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, o STJ anulou a decisão de recebimento da acusação, sendo reconhecida a prescrição do dever-poder punitivo estatal.

Na espécie, fundamentou o Relator, Jorge Mussi: “desse modo, a manifestação sobre a absolvição sumária no momento do recebimento da denúncia, antes mesmo da apresentação de resposta à acusação pela defesa, contraria a ordem dos atos previstos para o procedimento, acarretando danos evidentes ao paciente, já que não pôde ter as suas razões previamente analisadas pela magistrada de origem, ferindo a própria finalidade da defesa preliminar prevista no artigo 396-A do Código de Processo Penal”¹⁵²⁸.

Contudo, cabe destacar que, em caso muito parecido (tendo o juízo de 1.º grau já designado audiência de instrução e julgamento, frise-se, antes de analisar a resposta à acusação do paciente: o que, a rigor, causara também uma inversão processual de atos), o Ministro Relator Jorge Mussi não reconheceu a nulidade¹⁵²⁹. Trata-se, com todo o devido respeito, de uma incongruência.

Dos casos analisados, tem-se a afirmar que o juízo de admissibilidade da acusação constitui um pressuposto de validade de todo o processo. Sem ele, não há processo válido, sendo imprescindível que haja decisão devidamente fundamentada, em consonância com o cânone constitucional da motivação das decisões penais. Uma vez verificada a ilegalidade, ela se comunica a todos os demais atos, sendo insanável.

Pouco importa que, depois, haja sentença ou acórdão condenatório, ainda que transitados em julgado. O prejuízo já se corporifica com o mero prosseguimento do processo penal, sem que, para tanto, o juízo dê explicações (justifique) porque o feito teria justa causa, o que dificulta o trabalho da defesa ao pretender o trancamento da ação penal. A existência de sentença condenatória, por si só, não necessariamente tem o condão de demonstrar que já havia justa causa ao feito, sendo que, ainda que houvesse, isso não

¹⁵²⁷ STF, HC 53.993/SP, Ministro Relator Bilac Pinto, 1.ª T., j. 14.06.1976, v.u.

¹⁵²⁸ STJ, HC 153.751/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 13.03.2012, v.u.

¹⁵²⁹ STJ, HC 206.962/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 01.º.12.2011, v.u.

tornaria a fundamentação dessa decisão dispensável. O vício é daqueles que não se sanam, sendo a nulidade de ordem absoluta, por expressa injunção legal e constitucional.

O fato de se inferir que o juiz, ao dar prosseguimento ao feito, teria entendido que estavam presentes os requisitos para o recebimento da acusação não o dispensa do dever de devidamente motivar essa decisão, pois interessa, sobretudo, ao acusado (bem como, em um segundo momento, à própria sociedade) saber os motivos pelos quais alguém está sendo processado criminalmente.

5.5.3. Citação.

5.5.3.1. Citação pessoal.

Há várias hipóteses de nulidades possíveis decorrentes de vícios da citação do acusado. Abaixo são listados os alguns casos. O primeiro deles se refere ao erro de grafia do nome do réu no mandado.

Como regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que o erro quanto à grafia do nome do acusado, por si só, não acarreta nulidade, caso seja possível identificá-lo

A esse respeito, o STJ julgou um caso em que se alegava a troca do nome do réu, de prenome Francisco, constando no mandado o nome de José; o Tribunal não reconheceu a nulidade, já que o erro não teria impedido a correta identificação do acusado, sendo que vizinhos atestaram que o acusado, de fato, residia na localidade¹⁵³⁰.

Na oportunidade, assentou o Ministro Jorge Mussi:

“É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, **ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia**, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto. Assim, para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa a demonstração do eventual prejuízo suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal”¹⁵³¹.

¹⁵³⁰ STJ, HC 106.840/MA, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 15.09.2009, v.u. Assim, “comprovado que o mandado citatório, embora deficiente, foi capaz de individualizar o paciente, permitindo, inclusive, que vizinhos atestassem que este não mais residia na localidade nele declinada, não há falar-se em possibilidade de sua invalidação por falta de formalidade” (p. 05, do acórdão).

¹⁵³¹ STJ, HC 106.840/MA, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 15.09.2009, v.u. (p. 04/05, do acórdão)(destacamos).

Contudo, diferentemente do julgado mencionado acima, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a nulidade quando, no mandado, há erro do nome do acusado (por exemplo: troca do nome de Josuel por José: nomes bem parecidos), sendo a nulidade qualificada como de ordem absoluta, considerando o Tribunal o vício como sendo daqueles insanáveis, isto é, não sujeito à preclusão¹⁵³².

A citação serve para dar ciência ao acusado de que em face dele foi movido um processo penal. Dessa forma, havendo a comprovação, pela autoridade, de que o sujeito ficou ciente do processo, as formalidades do mandado de citação devem ser analisadas sem rigorismo. De toda forma, se o sujeito constituiu um advogado para patrocinar a sua defesa, o qual veio a oferecer resposta à acusação, sendo inequívoco que restou ciente a tempo de poder oferecer reação idônea à imputação, não há razão para anular a citação só porque, no mandado, não constou corretamente o nome do acusado.

O que importa no processo penal é a correta identificação do réu (assim como ocorre com a validade da acusação), ainda que por outros meios, não invalidando o ato citatório a menção equivocada ao seu nome.

O mesmo vale para todos os demais requisitos do mandado, não devendo o ato ser invalidado, se não houve prejuízo. Contudo, se houver prejuízo, com comprovação de falta de cientificação, deve o ato ser anulado. Não há juízo de conveniência no pronunciamento da nulidade, como, com o devido respeito, equivocadamente pontuam alguns julgados.

Problema haverá, contudo, se, existindo qualquer vício no mandado, o acusado não constituir advogado para oferecer resposta à acusação.

Nesses casos, por cautela, o magistrado deverá expedir uma notificação para que o acusado constitua advogado de sua confiança para oferecer a resposta.

Com esta notificação, fica enfraquecida a tese de que o vício de citação acarretou prejuízo, pois será difícil ao réu comprovar que não estava ciente do processo penal.

5.5.3.2. Citação editalícia.

Os vícios referentes à citação por edital, que dão ensejo ao reconhecimento da nulidade, são muito mais numerosos se comparados aos defeitos na citação pessoal, o que é compreensível, pois, na citação por edital, apenas se presume que o réu tomou ciência de que existe um processo instaurado em face de si, o que já em si é muito problemático.

¹⁵³² STJ, HC 8.349/RJ, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., j. 30.06.1999, v.u. Uma vez que o acórdão transcreve os termos do parecer do Ministério Público, o qual pontua ser a nulidade de ordem absoluta, sendo o vício insanável, entende-se que o Tribunal concorda com exposto, tendo a hipótese por nulidade absoluta justamente o vício insanável, isto é, não sujeito à preclusão.

Uma das discussões que existem quanto aos vícios da citação por edital refere-se à correta grafia do nome do acusado no edital. Nesses casos, assim como nos mandados pessoais de citação, há uma tendência do Superior Tribunal de Justiça em desconsiderar o vício, sobretudo quando a pessoa citanda pode ser reconhecida pela descrição de outros dados e caracteres. A esse respeito, já julgou o STJ, tendo a Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, da 6.^a Turma, pontuado: “não apuro constrangimento ilegal na inexatidão referente ao nome do paciente na citação editalícia, ainda mais quando se verifica, pelo exame dos autos, que se tratava, de fato, da mesma pessoa. Apesar de o nome não ser o correto, estava-se a tratar do mesmo ‘Paulão’”¹⁵³³.

Também a 5.^a Turma do STJ vem assim considerando, expondo a Ministra Laurita Vaz, ao relatar outro caso, que “muito embora tenha sido determinada a citação editalícia do ora Paciente na Ação Penal n.º 847/98, mesmo diante da qualificação indireta pelo nome de Everaldo Cabral - nome incorreto fornecido por um de seus parentes - , tal fato não tem o condão de ensejar a nulidade do processo, exatamente pela falta de qualquer prejuízo ao Paciente. Ademais, por ocasião de sua prisão preventiva, foi aditada a denúncia para constar seu verdadeiro nome, sendo, em seguida, devidamente interrogado”¹⁵³⁴.

São raros os casos em que se reconhece a nulidade decorrente da equivocada grafia do nome do acusado no edital de citação. Em um desses poucos casos, considerou-se nula a citação por edital na qual houve a troca do sobrenome “Lourenço Rocha” por “Lourenço Mariano”, tendo pontuado o Ministro Hamilton Carvalhido, na oportunidade, que “certo é que esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de que o erro gráfico, quando não resulte em dúvida acerca da identificação do acusado, não invalida o edital de citação (...) ocorre, todavia, que, *in casu*, além do erro de grafia no sobrenome do acusado, não há, no Edital, outros dados suficientes a identificar o réu. Com efeito, não se faz presente, no chamamento ficto, sua data de nascimento, sua filiação, nem o nome dos co-réus. Se não bastasse, embora haja nos autos a alcunha do acusado – ‘Anjinho’ - tal informação não restou inserida no instrumento convocatório”¹⁵³⁵.

Muitos dos problemas que envolvem as nulidades da citação por edital giram em torno da discussão de quando seria possível a sua realização no processo penal, pois, sendo uma modalidade de citação ficta, só deve ser empreendida quando esgotados todos os demais meios para se tentar citar pessoalmente o acusado.

¹⁵³³ STJ, HC 45.332/CE, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 08.03.2007, v.u. (p. 04, do acórdão). No mesmo sentido, o Tribunal considerou que, para haver nulidade decorrente da incorreta grafia do acusado, deve haver impossibilidade ou grande dificuldade na sua identificação de modo que, muitas vezes, o erro é tão mínimo que não se mostra plausível anular o ato: STJ, RHC 16.384/RJ, Ministro Relator Felix Fischer, 5.^a T., j. 19.10.2004, v.u.; STJ, HC 10.073/RJ, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.^a T., j. 21.10.1999, v.u.; STJ, HC 8.304/RJ, Ministro Relator Edson Vidigal, 5.^a T., j. 13.04.1999, v.u.

¹⁵³⁴ STJ, HC 66.007/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.^a T., j. 11.12.2007, v.u. (p. 04, do acórdão).

¹⁵³⁵ STJ, RHC 10.565/MG, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.^a T., j. 06.02.2001, v.u.

O STJ tem entendimento pacífico que, para realização da citação por edital, devem ser esgotados todos os meios disponíveis para a citação pessoal, sem o que será nula a citação ficta. Sendo assim, se houver menção nos autos de algum endereço do acusado que não foi diligenciado pelo oficial de justiça, não se pode permitir a citação por edital, devendo ser reconhecida a nulidade¹⁵³⁶, caso, mesmo assim, tenha sido realizada, sendo o vício “insanável”¹⁵³⁷, corporificando hipótese de nulidade absoluta¹⁵³⁸.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento já consolidado no sentido de que será nula a citação por edital se não forem empreendidos todos os meios possíveis para efetuar a citação pessoal do acusado¹⁵³⁹.

Há julgado memorável do STF, a esse respeito, de relatoria do Ministro Evandro Lins e Silva, pontuando que a “citação por edital, como é sabido, só se utiliza quando impossível a citação pessoal do denunciado”¹⁵⁴⁰.

A respeito do que se entende por esgotamento dos meios para citação pessoal do acusado para que se possa proceder à citação por edital, pontua o Ministro Jorge Mussi que “em respeito à garantia da ampla defesa, deve-se proceder a tal modalidade de citação apenas quando esgotados todos os recursos disponíveis capazes de localizar o endereço do acusado. Todavia, não há uma exigência absoluta para que se proceda a uma pesquisa nos cadastros de todos os órgãos onde o acusado possa ter declinado suas informações pessoais, mormente quando exista nos autos notícias acerca do seu possível paradeiro”¹⁵⁴¹. O Relator chama a atenção para o fato de que a realização indevida da citação por edital pode, em alguns casos, até vulnerar o princípio do juiz natural, já que pode deslocar a competência dos juizados especiais criminais para a justiça comum¹⁵⁴².

¹⁵³⁶ STJ, HC 245.933/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 23.10.2012, v.u.; STJ, HC 115.849/MT, Ministro Relator (Desembargador convocado do TJ/CE) Haroldo Rodrigues, 6.ª T., j. 27.04.2010, v.u.

¹⁵³⁷ STJ, HC 213.600/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 04.10.2012, v.u.; STJ, HC 247.552/MT, Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 06.09.2012, v.u.

¹⁵³⁸ STJ, HC 49.348/MG, Ministro Relator Paulo Gallotti, 6.ª T., j. 21.11.2006, v.u.; STJ, REsp 684.811/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 09.08.2005, v.u.

¹⁵³⁹ Nesse sentido, mais recentemente: STF, HC 88.548/SP, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 18.03.2008, v.u.; STF, HC 70.460/SP, Ministro Relator Ilmar Galvão, 1.ª T., j. 19.10.1993, v.u.

¹⁵⁴⁰ STF, HC 45805/Guanabara, Ministro Relator Evandro Lins, 2.ª T., j. 10.09.1968, v.u.

¹⁵⁴¹ STJ, HC 224.343/MS, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 25.09.2012, v.u. (p. 06, do acórdão). No mesmo sentido, julgando desnecessário expedirem-se ofícios para localização do endereço do acusado: STJ, HC 106.840/MA, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 15.09.2009, v.u. (p. 07, do acórdão).

¹⁵⁴² Na ementa, o Relator destaca: “O tema ganha relevo quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, mormente porque o rito sumaríssimo não comporta a chamada citação ficta, a qual, afigurando-se necessária, importa na declinação da competência do Juizado Especial Criminal para a Justiça comum, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/95. 3. Tal circunstância, por representar alteração de competência absoluta, prevista no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, evidencia que a determinação da aludida modificação deve ser precedida do esgotamento dos meios disponíveis para a localização do acusado, sob pena de malferimento ao princípio do juiz natural, também de índole constitucional (art. 5º, inciso LIII, da CF/88). 4. Embora o mandado citatório tenha sido direcionado para dois possíveis endereços dos pacientes, apenas um foi alvo da diligência infrutífera do meirinho, sendo certo que, depois de declinada a competência absoluta, a citação pessoal foi efetivada no endereço remanescente. 5. Ordem concedida para

Também se considera que há nulidade de citação editalícia, caso ela se origine de erro da própria Justiça ao proceder à citação pessoal, como ocorreu no caso de constar no mandado de citação endereço diverso do que constava no processo¹⁵⁴³. Pontuou-se, no julgado, que “muito embora tal alegação só tenha sido exteriorizada em sede de *habeas corpus*, quando já transitada em julgado a decisão condenatória e até mesmo articulada uma ação revisional criminal, não há de se cogitar de preclusão”¹⁵⁴⁴, sendo um “vício insanável”. Em outro caso, considerou-se que não houve esgotamento de todos os meios para localizar o acusado, mormente porque o juízo originário parou de procurar o acusado nos endereços delineados nos autos, já que se contentou com a simples informação de que o réu seria, em tese, foragido da Justiça, informação essa proveniente de outro processo¹⁵⁴⁵.

Assim, antes de proceder à citação por edital, todos os endereços constantes nos autos, seja na fase de inquérito policial, seja na de ação penal, devem ser diligenciados pelo oficial de justiça, para que se esgotem todas as vias necessárias para, somente depois disso, se proceder à citação por edital¹⁵⁴⁶.

Outra situação em que também se reputa nula a citação por edital é aquela em que a pessoa ser citada se encontra presa na mesma unidade da federação, já que seria plenamente possível proceder à citação pessoal¹⁵⁴⁷. Incide, no caso, aliás, o entendimento consolidado na súmula 351, do Supremo Tribunal Federal, que, hoje, deve ser ampliado para toda a Federação (todo o território nacional), não se restringindo mais à unidade, ante a mudança legislativa de 2011, pois, hoje, há um cadastro nacional de mandados de prisão, no Conselho Nacional de Justiça, conforme artigo 289-A, do Código de Processo Penal.

Considera-se nula a citação por edital em que não se observa o prazo de 15 dias para se aperfeiçoar a citação, o que tendia a ocorrer com maior frequência no procedimento anterior à reforma legislativa de 2008, sobretudo naqueles casos em que se marcava o interrogatório judicial para uma data compreendida dentro desse prazo de 15 dias¹⁵⁴⁸.

anular a ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes perante a Vara Criminal da comarca de Rio Brillhante/MS, desde o recebimento da denúncia, inclusive” (STJ, HC 224.343/MS, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 25.09.2012, v.u.)

¹⁵⁴³ STF, HC 92.569/MS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski 1.ª T., J. 11.03.2008, v.u.

¹⁵⁴⁴ STF, HC 92.569/MS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski 1.ª T., J. 11.03.2008, v.u. (p.1110, do acórdão). Quanto à fundamentação para se reconhecer a nulidade, o Ministro Relator pontuou: “é que a ausência de citação pessoal causou prejuízo insanável ao paciente, vez que ficou impossibilitado de exercer a autodefesa e de escolher livremente o seu defensor, garantias, de resto, abrigadas no artigo 8º.2.d, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, adotada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 1992” (p. 1110, do acórdão).

¹⁵⁴⁵ STF, HC 81.151/DF, Ministro Relator Ilmar Galvão, 1.ª T., j. 13.11.2001, v.u.

¹⁵⁴⁶ Neste sentido: STJ, HC 63.066/PR, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.ª T., j. 13.03.2007, v.u. Segue trecho da ementa: “As informações eventuais existentes no inquérito policial sobre a residência do apontado autor do ilícito não excluem o dever do Oficial de Justiça de proceder à diligência citatória nos endereços constantes nos autos”.

¹⁵⁴⁷ STJ, 111.704/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 16.10.2008, v.u.

¹⁵⁴⁸ STJ, HC 26.661/SC, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5.ª T., j. 02.09.2003, v.u.

Também o Supremo vinha julgando existir nulidade absoluta nesses casos¹⁵⁴⁹. Não era incomum haver problemas com a observância desse prazo, pois se utilizava a sistemática de contagem penal em vez da processual¹⁵⁵⁰.

Situações bem interessantes são aquelas em que os Tribunais não reconhecem a nulidade nos casos em que reputa que o próprio réu contribui para a sua ocorrência.

A esse respeito, houve um caso bem curioso em que o sujeito, durante a fase de inquérito policial, apresentou qualificação equivocada nos autos. Sendo promovida a ação penal, o sujeito não foi localizado pessoalmente, por estar preso, prisão decretada em outro processo. Uma vez não sendo localizado, foi procedida, então, a citação por edital, tendo-se pontuado que, ainda que o acusado estivesse preso na mesma unidade da Federação, não teria aplicação a Súmula 351, do STF, para invalidar a citação por edital, pois, segundo a Ministra Relatora, Laurita Vaz:

“como se vê acima, muito embora tenha sido determinada a citação do ora Paciente na Ação Penal n.º 114/92, mesmo estando ele preso, por ocasião de outro processo, em estabelecimento prisional da mesma Unidade da Federação, tal fato não tem o condão de ensejar a aplicação da referida Súmula, pois, por ocasião de sua identificação no inquérito policial instaurado, apresentou nome diverso ao seu, acarretando, com isso, a dificuldade na sua citação pessoal, bem como na informação de que se encontrava preso em algum estabelecimento prisional situado no Estado de São Paulo. Cumpre asseverar que o direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratagemas para obstaculizar ao trâmite regular do processo”¹⁵⁵¹.

No Supremo, da mesma forma, em determinado caso, não foi reconhecida a nulidade, já que teria havido, de certa forma, culpa (ou contribuição) do próprio acusado. Tratou-se de um caso em que houve citação por edital porque o acusado não foi localizado pessoalmente por estar preso; contudo, da mesma forma que o outro caso analisado na jurisprudência do STJ, o STF também ponderou que os órgãos públicos só não tiveram como atestar sua prisão, para proceder à citação pessoal, já que, anteriormente, o réu havia apresentado documento falso (identidade) nos autos. Nesse caso, a maioria dos Ministros do Supremo considera, em conformidade com o voto vencedor exarado pelo Ministro Ricardo Lewandowski: “então ele deu causa à nulidade, na verdade, identificando-se falsamente. O Estado, a meu juízo, não era obrigado a conhecer o paradeiro do réu, porque, ao procurar por uma determinada pessoa, nos seus arquivos, certamente não encontrava

¹⁵⁴⁹ STF, HC 91.431/MA, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.ª T., j. 04.12.2009, v.u. No acórdão foram citados os precedentes: HC 69.022, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; HC 67.927, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti; RHC 52.057, de relatoria do Ministro Rodrigues Alckmin; HC 76.034, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa e RHC 60.345, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho.

¹⁵⁵⁰ STF, HC 76.034/SP, Ministro Relator Maurício Corrêa, 2.ª T., j. 03.03.1998, v.u.

¹⁵⁵¹ STJ, HC 36.107/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 06.02.2007, v.u. (p. 04, do acórdão).

nada a seu respeito visto que havia apresentado identidade falta”¹⁵⁵², ao que a Ministra Cármen Lúcia respondeu “é exatamente isso. Mas o Poder Público precisa saber quem são as pessoas encarceradas”¹⁵⁵³. A ordem não foi concedida, por votação da maioria, tendo ficado vencida a Ministra Cármen Lúcia, que a deferia.

No que concerne ao prejuízo, antes de 1996, em que o processo não era suspenso com a citação por edital, a nulidade do ato poderia acarretar ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. Hoje, contudo, com a suspensão do processo, não há mais esse risco, já que, de toda forma, o processo fica suspenso. Pode haver, eventualmente, risco de ofensa ao princípio da ampla defesa quando há o deferimento de produção antecipada de provas urgentes, já que, como regra, é designado um advogado dativo para acompanhar o ato, o que, de certa forma, vulnera o direito de a parte escolher advogado de sua confiança, havendo prejuízo efetivo. Nesse diapasão, já considerou o Tribunal que “em que pese a posterior citação do réu, patente o constrangimento ilegal em face da produção antecipada de provas, fora das hipóteses legais, sem a participação da Defesa do Paciente. Ademais, não pode o Juízo processante, diante da ausência de informações sobre o paradeiro do acusado no inquérito, determinar a citação por edital do réu, como restou evidenciado pelos autos. A citação editalícia somente será válida quando forem, **efetivamente**, esgotados todos os meios disponíveis para a citação pessoal do réu, a teor do disposto nos arts. 361 e 362, ambos do Código de Processo Penal”¹⁵⁵⁴

O prejuízo hoje (desde 1996, com a mudança legislativa), nesses casos de nulidade de citação editalícia, se consubstancia mais na suspensão do prazo prescricional decorrente da suspensão do processo. Não se trata de um prejuízo incidente em um princípio de ordem processual, mas sim material (penal), pois, no caso, o prejuízo ficará consubstanciado em uma indevida suspensão do prazo prescricional, com reflexos indevidos no prolongamento do dever poder punitivo estatal.

A esse respeito, julgou o STJ, em acórdão de relatoria do Ministro Jorge Mussi, que “restando nítido o vício reclamado na impetração, cuja ocorrência gerou evidente prejuízo ao paciente – diante da decretação da suspensão do prazo prescricional nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal –, outra solução não há senão anular o processo a partir da decisão que determinou sua citação por edital, inclusive”¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵² STF, HC 86.055/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j.15.08.2006 (p. 375/376, do acórdão).

¹⁵⁵³ STF, HC 86.055/SP, Ministra Relatora originária: Cármen Lúcia; Ministro Relator para acórdão: Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j.15.08.2006 (p.376, do acórdão).

¹⁵⁵⁴ STJ, 111.704/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 16.10.2008, v.u.

¹⁵⁵⁵ STJ, HC 209.466/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 13.03.2012, v.u. Na oportunidade, ficou consignado que a nulidade seria absoluta, conforme entendimento de Guilherme de Sousa Nucci (p. 06, do acórdão)

No que tange à citação por edital, diferentemente do que foi dito para a citação pessoal, entende-se que todos os seus requisitos devem ser obedecidos com maior rigor.

Justamente por a citação por edital se pautar em uma presunção, os requisitos do edital devem atendidos nos seus mínimos detalhes.

O prejuízo poderá residir na (i) vulneração da ampla defesa, nos casos em que for determinada a produção antecipada de uma prova, ou mesmo (ii) na decretação indevida da suspensão do prazo prescricional.

O argumento de que não haveria prejuízo efetivo ou potencial, sendo questionável (ou até ridículo) anular essa modalidade de citação por falta de atendimento de algum de seus requisitos é, em certo sentido, bem ponderável. Convenhamos: dificilmente alguém (em seu juízo normal) vai consultar, diariamente, o Diário Oficial ou vai ao Fórum verificar “editais de citação” afixados no átrio do prédio.

Ora, se, praticamente, ninguém consulta o Diário Oficial e/ou mesmo vai verificar os editais de citação no Fórum (para saber se o seu nome consta lá), qual a razão então de se anular um procedimento por falta de cumprimento dos requisitos legais desses atos, se, na prática, eles não servem para nada?

A resposta, contudo, não é tão simples, a começar pelo fato de que se assim está na lei, é porque ela entende importante, não podendo o intérprete recusar-lhe aplicação.

Desse modo, se a lei prevê a observância de todos esses requisitos legais para o correto aperfeiçoamento do ato, tendo-se em vista todas as drásticas consequências que ele pode acarretar (por exemplo, a suspensão da prescrição), não é absurdo considerar que este ato deve estar cercado de todas as garantias.

Em outras palavras, não se podem flexibilizar as formalidades necessárias para o aperfeiçoamento da citação por edital.

Nesses casos, deverá o magistrado ser extremamente cuidadoso e bem metucioso quanto ao fiel cumprimento das formalidades necessárias para o aperfeiçoamento da citação por edital, para evitar, no futuro, possível invalidação.

De *lege ferenda*, seria interessante que, ante a impossibilidade de citação pessoal, o legislador abolisse a citação por edital, a qual mais tem trazido problemas que soluções, servindo de pretexto para invalidações um pouco questionáveis.

Afinal, se a citação por edital (ainda que sejam cumpridos todos os seus requisitos legais), não tem efetividade, *já que quase ninguém consulta diários oficiais ou editais nas portas dos fóruns*, por que mantê-la?

Bastaria, portanto, a não localização do acusado, com o esgotamento de todos os meios disponíveis para tanto, para que houvesse a suspensão do processo, com a suspensão

do prazo prescricional. Desnecessária a realização da citação por edital, já que, de toda forma, o processo será suspenso.

5.5.4. Competência.

5.5.4.1. Fixação da competência por prevenção

No que tange à fixação da competência por prevenção, o Supremo Tribunal Federal vem considerando que a sua inobservância acarreta nulidade relativa, conforme o enunciado da súmula n. 706, do STF. Nesse sentido, houve o julgamento de precedente, relatado pela Ministra Ellen Gracie, em que se questionava justamente o equívoco na distribuição de uma apelação a uma Câmara de Direito Criminal não preventa: no ponto, o caso referia-se a procedimento do Júri, sendo, em um primeiro momento, o acusado absolvido pelo Conselho de Sentença. Contudo, houve apelação para o Tribunal, tendo a 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná considerado que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Cabe destacar que, no caso, já havia uma Câmara Criminal preventa para julgar o caso do réu, haja vista que houve um julgamento anterior, de um Recurso em Sentido Estrito, pela 2.^a Câmara Criminal do Paraná. Na solução do caso, a Ministra Relatora considerou que “o recorrente, em nenhum momento, comprova a ocorrência de prejuízo”¹⁵⁵⁶; a Relatora também se alicerçou na fundamentação do parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República que, na espécie, pontuou que “*é iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dessa Suprema Corte no sentido de que a inobservância das regras da competência penal por prevenção, ao contrário do quanto alegado, não gera nulidade absoluta, mas apenas relativa. E o reconhecimento da nulidade relativa, sabe-se, exige, além da impugnação em momento oportuno, sob pena de preclusão, a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pela defesa, que, na espécie, sequer foi alegada*”¹⁵⁵⁷.

A esse respeito, há um julgado mais antigo, cuja leitura do acórdão mostra-se bem interessante, pois a matéria suscitou ampla discussão dos Ministros.

¹⁵⁵⁶ STF, RHC 106.728/DF, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.^a T., j. 02.08.2011, v.u. (p. 06, do acórdão). Apesar de a Ministra Relatora falar que o recorrente não comprovou o prejuízo, cabe destacar que, nos autos, segundo consta do acórdão, há informação de que o paciente foi condenado no segundo julgamento pelo Tribunal do Júri. Sendo assim, o julgamento pela Câmara não preventa, ao considerar que o Júri o absolvera, proferindo decisão manifestamente contrária à prova dos autos, acabou acarretando a condenação do acusado no segundo julgamento pelo Júri, o que, ainda que indiretamente, lhe acarretou um prejuízo.

¹⁵⁵⁷ STF, RHC 106.728/DF, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.^a T., j. 02.08.2011, v.u. (p. 06, do acórdão).

No caso, também se discutia a nulidade decorrente do desrespeito às regras de prevenção entre as Câmaras Criminais do Tribunal. O Ministro Relator, Neri da Silveira, em seu voto, indeferiu a ordem, sob o argumento de que a inobservância da prevenção geraria nulidade relativa, que deve ser alegada em tempo oportuno, sob pena de preclusão, de modo que, uma vez não alegada tempestivamente, “o vício da incompetência relativa, que só conduz à anulabilidade, não à nulidade absoluta, já estava sanado”¹⁵⁵⁸. No mais, pontuou o Ministro Relator: “se se considerar que, em matéria de incompetência relativa, a nulidade pressupõe necessária existência de prejuízo a ser demonstrado, não vejo como se possa, desde logo, presumir prejuízo ao paciente, em não tendo sido julgado pela mesma Câmara, quando esta estava apenas com um juiz remanescente, dentre os que tinham participado do julgamento anterior”¹⁵⁵⁹. Já o Ministro Marco Aurélio, em voto divergente (vencido), mostra que não há que se falar em preclusão, aduzindo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um habeas corpus impetrado por Caio Mário da Silva Velloso Filho (filho do Ministro Carlos Velloso, razão pela qual este Ministro, aliás, não pode participar daquele julgamento), reconheceu a nulidade anteriormente¹⁵⁶⁰.

Também o STJ segue essa linha de entendimento, discorrendo-se a respeito da preclusão em se alegar a incompetência por vício de prevenção¹⁵⁶¹.

Os vícios de incompetência, quaisquer que sejam, por expressa injunção legal, não estão compreendidos entre as hipóteses de nulidades relativas. Sendo assim, não há nada que explique, do ponto de vista técnico-jurídico, o entendimento formado e consolidado no Supremo Tribunal Federal de que a nulidade de incompetência por prevenção seria relativa. O prejuízo fica certificado com a própria incompetência do juízo em si, sendo que, nesses casos, ele é presumível, pois os juízos não preventos, por não terem tomado contato com a causa anteriormente, naturalmente se reputam menos aptos a julgar o caso. Para pronunciamento da nulidade, basta o prejuízo potencial.

De toda forma, assim não entendem os nossos Tribunais Superiores, pois sempre requerem a demonstração de prejuízo efetivo, o que, na maioria dos casos, se mostra uma comprovação de difícil (ou impossível) efetivação pela parte.

¹⁵⁵⁸ STF, HC 69.923/SP, Ministro Relator Néri da Silveira, 2.ª T., j. 30.03.1993 (p. 143, do acórdão).

¹⁵⁵⁹ STF, HC 69.923/SP, Ministro Relator Néri da Silveira, 2.ª T., j. 30.03.1993 (p. 153, do acórdão).

¹⁵⁶⁰ STF, HC 69.923/SP, Ministro Relator Néri da Silveira, 2.ª T., j. 30.03.1993 (p. 147-151, do acórdão).

¹⁵⁶¹ “... Sem qualquer prejuízo para as partes, pelas peculiaridades da espécie, formalizado o indiciamento com a abertura de inquérito e inquirição dos indiciados pelo Ministro Relator, não é de ser reconhecida nulidade pela inobservância da prevenção na redistribuição de notícia crime anteriormente distribuída a outro Ministro e relativa a fato delituoso integrante de um maior contexto fático de crimes em apuração no inquérito instaurado. Aplicação dos princípios do prejuízo, da instrumentalidade, efetividade, economia e celeridade. Agravo regimental improvido. (STJ, Ag Rg no Inq. 323/PE, Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, CE., j. 24.06.2002, v.u.)

5.5.4.2. Julgamento por Câmaras formadas majoritariamente por juízes de primeiro grau.

Questão sempre controvertida é a legalidade da composição das Câmaras/Turmas do Tribunal por juízes de primeiro grau.

No ponto, deve-se fazer uma divisão do assunto, no que tange às ações penais originárias por prerrogativa de função e às ações penais sem prerrogativa.

No que tange às ações penais originárias, como regra, tem-se admitido a intervenção de juízes de primeiro grau, inclusive como relatores¹⁵⁶², desde que respeitado o quórum mínimo de membros efetivos (desembargadores) para julgamento do feito.

Como ponderou o Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), em outro caso, “é certo que, no caso em tela, os magistrados de primeira instância não funcionaram como juízes de exceção, convocados ‘ad hoc’ para o julgamento do processo do paciente, vez que já estavam atuando regularmente em razão dos afastamentos dos membros do Tribunal de Justiça. Entretanto, não eram esses magistrados os ‘juízes naturais’ para o julgamento do processo do paciente que, na condição de membro do Ministério Público, fazia jus ao direito de ser julgado por pelo menos dois terços dos integrantes do Tribunal, isto é, por no mínimo 20 desembargadores. O Conselho Nacional de Justiça, em questão semelhante, entendeu ser inviável a convocação de juízes de primeiro grau para compor quorum do Tribunal em sessão de instauração de processo administrativo disciplinar em face de outro magistrado de primeiro grau”¹⁵⁶³.

No que tange aos demais processos, ou seja, nos processos em que não há prerrogativa de função, há duas situações:

(1) é possível a substituição temporária de membros do Tribunal por juízes de primeiro grau, como juízes substitutos, inclusive em número majoritário;

O STJ sedimentou o entendimento de que é válido o *eventual* “julgamento realizado por Câmara composta majoritariamente por juízes de primeiro grau se, na hipótese, o julgamento se deu por Câmara composta por um desembargador e dois juízes substitutos de segundo grau” (STJ, HC 108.700/PR, Ministro Relator Felix Fischer, 5.^a T., j. 14.04.2009, v.u.). Nesse mesmo sentido: STJ, HC 103.149/GO, Ministro Relator Felix Fischer, 5.^a T., j. 20.08.2009, v.u.; STJ, HC 88.282/PE, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, j. 13.08.2009, v.u.; STJ, HC

¹⁵⁶² Nesse sentido: “... 1. Esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem decidido que não ofende o princípio do Juiz Natural a convocação, autorizada por lei complementar, de Juízes de primeiro grau para compor órgão julgador do Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal Regional Federal. 2. Inexiste, portanto, qualquer ilegalidade na espécie, onde Juíza Federal foi convocada para substituir Desembargador Federal no seu período de férias. 3. Ordem denegada”. (STJ, HC 97.623/AL, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.^a T., j. 10.06.2008, v.u.).

¹⁵⁶³ STJ, 88.739/BA, Ministro Relator Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), 6.^a t., j. 15.06.2010, v.u. (p. 07, do acórdão). Anulou-se, neste julgado, apenas o julgamento, mantendo-se incólume o recebimento da denúncia (já que não há previsão regimental ou legal de quórum mínimo de desembargadores para sua análise), bem como os atos instrutórios, que foram realizados por membro efetivo (desembargador).

106.056/MT, Ministro Relator Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP, 6.^a T., j. 06.08.2009, v.u.; STJ, HC 116.672/SP, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.^a T., j. 27.04.2009, v.u.; STJ, HC 117.839/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.^a T., j. 24.03.2009, v.u.

(2) é possível a substituição por juízes de primeiro grau, em regime de mutirão, desde que, nesse último caso, o julgamento não se faça, majoritariamente, por composição de juízes de primeiro grau.

A esse respeito, segue o teor do primeiro pronunciamento a respeito, cuja decisão foi proferida em sede de *habeas corpus*, impetrado pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, tendo o Ministro Fontes de Alencar pontuado, no acórdão: “a Constituição - precisamente no art. 98, ao tratar dos Juizados Especiais -, quando quis criar um órgão apreciador de recursos integrado por Juízes de Primeiro Grau o fez, dizendo que os recursos seriam para Turmas Recursais, ou seja, Juízes de Primeiro Grau compondo Turmas Recursais. Dessarte, se o Tribunal de Justiça permite que um dos seus órgãos fracionários tenha na sua composição majoritária Juizes de Primeiro Grau, na verdade está admitindo a formação de Turma Recursal de Primeiro Grau, o que inviabilizaria, por eventual recurso, o Segundo Grau. E é por causa desse raciocínio, na busca do que me parece mais lógico, que concedo o habeas-corpus, em resguardo ao Princípio do Juiz Natural e da existência concreta, em alguns aspectos, da supremacia do Tribunal de Justiça em relação aos Tribunais de Alçada e em respeito à Constituição que, quando quis criar Turma Recursal formada por Juízes de Primeiro Grau, o fez de forma expressa. Em razão de tudo isto concedo o habeas-corpus para anular as decisões do Tribunal de Justiça e que outra decisão, em grau de apelação, seja promovida, adotada como for de direito, pelos seus integrantes, observada, pelo menos, a composição majoritária por desembargadores”¹⁵⁶⁴

Recentemente, a questão voltou a ser debatida, de modo mais veemente, na Corte, já que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo criou Câmaras especiais compostas, majoritariamente (algumas, exclusivamente) por juízes de primeiro grau.

Instado a se manifestar a respeito disso, o STJ, em julgado relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura (HC 72.941/SP, j.11.09.2007) assentou que a composição numérica dos órgãos fracionários precisa ser preenchida, majoritariamente, por desembargadores, e não por juízes de primeiro grau, como vinha ocorrendo no TJSP.

No ponto, entendeu-se haver ofensa ao princípio do juiz natural, pois a Constituição só reserva julgamento recursal por juízes de primeiro grau nas matérias de competência dos Juizados Especiais Criminais¹⁵⁶⁵. Discorre a Ministra:

¹⁵⁶⁴ STJ, HC 9.405/SP, Ministro Relator originário: Hamilton Carvalhido; Ministro Relator para acórdão: William Patterson, 6.^a T., J. 11.04.2000 (p. 10, do acórdão)

¹⁵⁶⁵ STJ, HC 72.941/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 11.09.2007, v.u.

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “Mesmo que se admita a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em segunda instância, nos termos do disposto na Lei complementar estadual nº 646/90, a atuação destes, não se pode olvidar, é voltada à substituição e ao auxílio dos desembargadores. Isto significa que: i) ou os juízes convocados deverão atuar no lugar deixado pelos desembargadores substituídos, ocupando o lugar deixado por estes na Turma, mesclando-se, portanto aos demais desembargadores; ii) ou os juízes convocados deverão auxiliar os desembargadores, para evitar o acúmulo de serviço. O que não pode ser aceito, entendo, é a criação de Câmaras apenas presididas por um desembargador, e, no mais, compostas exclusivamente por juízes convocados. Com maior razão no caso em análise, em que todos os que participaram do julgamento como relator, 2º juiz, e 3º juiz, eram juízes estaduais convocados. Formou-se, em verdade, uma turma julgadora equiparada à turma recursal dos juizados especiais criminais, exclusivamente por juízes de primeira instância. Penso que, quando a Resolução nº 204/05 do Tribunal de Justiça de São Paulo dispôs que o juiz substituto em segundo grau poderia officiar como relator, revisor ou vogal, não quis dizer que eles poderiam sê-lo todos a um só tempo, formando uma única câmara”¹⁵⁶⁶.

Esse mesmo entendimento foi reproduzido em alguns julgados do STJ¹⁵⁶⁷. Contudo, o entendimento foi alterado, por conta da posição do STF de que, em qualquer caso, o julgamento majoritário por juízes de 1.ª instância não ofende o juiz natural, não havendo que se falar em nulidade.

No Supremo Tribunal Federal, até se chegar a esse consenso, a questão também foi envolta de muita controvérsia e de reviravoltas de entendimentos.

Em um caso antigo, de competência originária (julgamento de um juiz), colocou-se a questão, já que muitos dos Desembargadores que iriam analisar o caso ou estavam de licença, ou estavam impedidos, ou estavam de férias, tendo o Tribunal, então, convocado, em número majoritário, juízes de primeiro grau para julgar um colega de classe. No caso, foi reconhecida a “nulidade conseqüente da condenação em que a maioria absoluta do colegiado prolator do acórdão foi composta por Juízes de Direito convocados para substituir Desembargadores ausentes por motivos diversos”¹⁵⁶⁸.

Na oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence fez toda uma leitura comparativa com a hipótese de perda do cargo de magistrado na seara administrativa, de modo que se

¹⁵⁶⁶ STJ, HC 71.941/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 11.09.2007, v.u. (p. 09, do acórdão).

¹⁵⁶⁷ Nesse sentido: STJ, HC 94.881/PE, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 15.04.2008, v.u.; STJ, HC 103.259/SP, Ministra Relatora Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 3.ª Seção, j. 2408.2009, v.u.; STJ, HC 110.498/SP, Ministro Relator Nilson Naves, 6.ª T., j. 07.10.2008, v.u.; STJ, HC 98.530/SP, Ministra Relatora Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª T., j. 07.10.2008, v.u.; STJ, HC 109.101/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 28.10.2008, v.u.; STJ, HC 110.453/SP, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 18.11.2008, v.u.; STJ, 104.322/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 14.04.2009, v.u.; STJ, HC 97.142/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 19.11.2009, v.u.; STJ, HC 146.867/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 18.02.2010, v.u.; STJ, HC 143.534/SP, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 04.03.2010, v.u.; STJ, HC 159.006/SP, Ministro Relator Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), 6.ª T., j. 06.04.2010, v.u.

¹⁵⁶⁸ STF, HC 78.051/PB, Ministro Relator originário: Sidney Sanches; Ministro Relator para acórdão: Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 10.11.1998 (ementa, p. 163, do acórdão).

nessa hipótese seria necessária a deliberação de 2/3 dos membros efetivos do Tribunal, não poderia o magistrado ser julgado, na esfera criminal, por um Tribunal formado, majoritariamente, por juízes de primeiro grau¹⁵⁶⁹.

Ultimamente, mais tormentosa tem sido a análise de julgamentos formados, majoritariamente, ou integralmente, por juízes de primeiro grau, o que vinha ocorrendo com certa frequência no Tribunal de Justiça de São Paulo, nos anos de 2006 em diante.

A questão começou a ser mais detidamente analisada no STJ, como visto, em votos condutores, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, tendo a matéria sido remetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal. O Supremo, em um primeiro momento, vinha julgando inválidos esses julgamentos. No entanto, houve uma mudança de entendimento, passando a considerar válidos esses julgamentos.

No ponto, é interessante analisar o julgamento do HC 96.821/SP (j. 08.04.2010), em que o Pleno analisou a questão. Foi discutida a questão no Tribunal de Justiça de São Paulo, já que nesta Corte, ao lado das Câmaras formadas de Desembargadores, houve a criação de novas Câmaras Criminais no TJSP, as quais foram formadas, exclusivamente, por juízes de primeiro grau¹⁵⁷⁰. Da leitura do acórdão, pode-se verificar uma preocupação muito grande com o impacto que teria a anulação desses casos, já que, como ponderou o Ministro Ricardo Lewandowski, “são centenas de milhares de decisões já proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em matéria criminal, em mutirão feito para aliviar a situação dramática dos recursos criminais”¹⁵⁷¹. É o argumento meramente efficientista.

No mérito, o Pleno, por maioria, entendeu não haver qualquer ofensa ao juiz natural, já que, no entender da maioria, não houve julgamento de exceção, ad-hoc.

O único voto vencido foi o do Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, indagando seus pares:

“o que ocorre na espécie, Presidente? Sabemos que os cargos públicos não de ser criados sempre e sempre por lei, o que se diria quanto a cargo público que gere atividade judicante. Só

¹⁵⁶⁹ STF, HC 78.051/PB, Ministro Relator originário: Sidney Sanches; Ministro Relator para acórdão: Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 10.11.1998 (ementa, p. 182-183, do acórdão). Foi citado o artigo 24, da Lei Complementar n. 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), que dispõe: “o Juiz togado, de investidura temporária (art. 17, § 4º), poderá ser demitido, em caso de falta grave, por proposta do Tribunal ou do órgão especial, adotado pelo voto de dois terços de seus membros efetivos”. Parágrafo único. “o quorum de dois terços de membros efetivos do Tribunal, ou de seu órgão especial, será apurado em relação ao número de Desembargadores em condições legais de votar, como tal se considerando os não atingidos por impedimento ou suspeição e os não licenciados por motivo de saúde”.

¹⁵⁷⁰ Nesse sentido, a indagação do Ministro Marco Aurélio: “Há uma peculiaridade: constituiu-se, no Tribunal, uma nova câmara, que seria a 11ª Câmara Criminal ‘B’, composta não de convocados para substituir desembargadores dessa câmara, mas de convocá-los para formá-la” (STF, HC 96.821/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 08.04.2010)(p. 321, do acórdão). Em tom irônico, indagou o Ministro Marco Aurélio: “Receio que, daqui a pouco, possamos ter 1.ª Turma do Supremo ‘B’. Não consigo agasalhar essa dualidade (p. 322, do acórdão).

¹⁵⁷¹ STF, HC 96.821/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 08.04.2010. (p. 322-323, do acórdão)

para citar exemplo – não sei se isso se repetiu no campo cível -, tivemos desdobramento de câmaras criminais. A primeira Câmara Criminal propriamente dita, ou seja, a resultante da integração de desembargadores ocupantes de cargos públicos realmente existentes, foi desmembrada, passando a haver, com atuação simultânea: Primeira Câmara Criminal A, Primeira Câmara Criminal B, Primeira Câmara Criminal D. Não me perguntem por que não temos, aqui, a C. (...) Questiono-me, a mim e apenas a mim: é legítima essa criação? Por que não partir-se, então, para a tomada desse exemplo, desse ‘bom exemplo’, no próprio Supremo, criando-se, sem a previsão constitucional dos cargos, a Primeira Turma B, a Primeira Turma C, a Primeira Turma D, o mesmo ocorrendo em relação ao Superior Tribunal de Justiça, que enfrenta avalanche insuplantável de processos e cujos integrantes são 33 e não 363, ou 364 desembargadores, como se tem em São Paulo? (...) Presidente, sob o ângulo jurídico, não tenho nem como enquadrar esse fenômeno verificado em São Paulo. Não se tratou, na espécie, de substituição (...) Tudo ocorreu com certo detalhe: acumulação imprópria. O convocado continuava, mesmo integrando essas Câmaras criadas pelo Regimento Interno, oficiando na origem, ou seja, mostrava-se um juiz polivalente. A um só tempo era juiz e fazia as vezes de desembargador (...) No julgamento da apelação, observou-se o devido processo legal, uma vez que foi julgada não pela Câmara Criminal, composta de integrantes ocupantes de cargos criados em lei ou de substitutos desses integrantes, mas por uma Câmara que diria *ad hoc*? Houve a observância da garantia constitucional? Será que este paciente, hoje condenado, o foi, em segundo grau, por órgão que estaria a retratar o princípio do juiz natural? A resposta, para mim, a menos que se crie o critério de plantão, é desenganadamente negativa. Não há justificativa que possa colocar o nosso direito posto – seja qual for o objetivo – em segundo plano, principalmente a Lei Complementar nº 35/1979, principalmente o direito constitucional (...) Peço vênia, Presidente, ao Ministro Relator e àqueles que o acompanharam para, antes de ser pragmático, ser realmente um observador de nossa Constituição. É o meu dever precípuo, como integrante do Supremo, preservá-la e também a legislação de regência da matéria. Repito, houve clonagem imprópria. Foram criadas, dentro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmaras suplementares e, para compô-las, houve convocação em sobreposição – porque não foi em substituição de ausentes ou para preenchimento de cadeira vaga – de juízes que passaram a atuar não só na primeira instância, como, também, na segunda instância. Já ouvi até dizerem que esses juízes seriam remunerados com um plus – não sei se é verdade, nisso não acredito – por processo liberado no Tribunal, considerado – parece – um máximo de trezentos processos por ano¹⁵⁷².

Fazendo-se uma análise crítica da matéria, no que tange ao entendimento de que, nas ações penais originárias, por força da prerrogativa de função, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça estão corretos aos reconhecer a nulidade dos julgamentos em que não se observa o quórum mínimo de número de desembargadores para analisar a causa.

No que tange aos demais processos, em que inexistente prerrogativa de função, nada justifica que esses casos sejam julgados por órgãos de 2.º grau formados, majoritariamente,

¹⁵⁷² STF, HC 96.821/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 08.04.2010. (p. 358-363, do acórdão)

por juízes de primeiro, o que vale (1) tanto para os juízes substitutos quanto para os juízes (2) escalados em mutirão (experiência das Câmaras criminais de São Paulo).

Aliás, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça mostra-se incoerente ao entender que, em um caso, não haveria problema na formação de uma câmara majoritariamente formada por juízes de primeiro grau (em substituição) e no outro haveria. Se o fundamento utilizado, conforme invocado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com base em antigo precedente do STJ, reside no respeito à Constituição (e a Constituição só permite julgamento majoritário por juízes de primeiro grau em casos de Juizados Especiais), não é razoável diferenciar uma hipótese (julgamento majoritário por juízes substitutos) da outra (julgamento por juízes em mutirão). A máxima constitucional se aplica aos dois casos, sendo que, onde a razão é a mesma, a consequência também deve sê-lo: haveria de ser proclamada a nulidade de todos os julgamentos realizados assim.

Portanto, são absolutamente nulos os julgamentos realizados nos Tribunais em que o órgão fracionário era composto por juízes de 1.º grau.

5.5.4.3. Impedimento.

O Superior Tribunal de Justiça considera que, nos julgamentos cuja decisão se dê em órgão colegiado, se um dos julgadores está impedido (desde que não seja relator ou revisor), pondera-se se, com a anulação do seu voto, haveria alguma diferença substancial no resultado do julgamento; se não houver, o Tribunal entende que não haveria razão para se anular o feito, já que não haveria prejuízo para a parte (mudança no teor do julgamento, caso o feito fosse anulado).

Hipóteses de impedimentos são também suscitadas quando o julgamento envolve magistrados que atuaram, anteriormente, em julgamentos de processos administrativos.

Em geral, esses casos ocorrem muito em sede de competência originária, em que uma parcela dos integrantes do órgão que julga as questões administrativas também acaba julgando as questões criminais. O entendimento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, ultimamente, é que as hipóteses de impedimento são taxativas: sendo assim, não haveria que se falar em impedimento, na esfera penal, do magistrado que julgou o processo administrativo, ainda que os fatos sejam os mesmos¹⁵⁷³.

¹⁵⁷³ A esse respeito, em um caso bem peculiar (dados os contornos dos fatos investigados na ação penal originária), o Superior Tribunal de Justiça apurou a alegação de impedimento de diversos desembargadores para julgar um caso: havia sido oferecida uma denúncia contra uma magistrada de primeiro grau, a qual foi acusada de ter autorizado interceptações telefônicas indevidas, determinado a prisão de seu ex-sogro, tendo ainda imputado ao seu ex-namorado os crimes de ameaça, tentativa de homicídio e estupro, tudo por vingança amorosa. Alegava-se, no *writ* que 8 (oito) dos desembargadores que receberam a denúncia estariam impedidos, já que julgaram o processo administrativo pelos mesmos fatos. Na oportunidade, entenderam os

Em outro caso (HC 42.249/RJ, j. 28.06.2005), o mesmo entendimento foi aplicado, tendo o Ministro Gilson Dipp apreciado o caso, de ofício (nulidade absoluta), tendo afirmado que não haveria impedimento, já que “a sanção administrativa de demissão foi aplicada ao paciente para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal, de outra banda, destinou-se à proteção da coletividade. Neste diapasão, buscando as esferas administrativa e criminal objetivos totalmente distintos, pois, em cada uma, a matéria é posta em análise sob diferentes enfoques, nada impede que o juiz da seara administrativa também o seja na criminal, nada obstando, inclusive, o seu sorteio como relator em qualquer delas”¹⁵⁷⁴.

Cabe destacar, entretanto, que nem sempre o STJ entendeu dessa forma.

Outra vez, pode-se notar inconsistências na linha de entendimento quanto à ocorrência de nulidade e de prejuízo. Em julgados mais antigos da Corte, nessas mesmas circunstâncias, era comum o Tribunal reconhecer a nulidade.

A esse respeito, cita-se o HC 48.248/MG (j. 14.06.2007), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, no qual a Ministra Julgadora assevera: “Ora, como é sabido, o julgador, em respeito ao princípio da imparcialidade, não pode exercer jurisdição em processo criminal quando se tenha manifestado anteriormente na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 252, do Código de Processo Penal”¹⁵⁷⁵. Neste caso, como foi ressaltado pela Ministra Relatora que “o magistrado que recebeu a denúncia em desfavor do paciente (fl. 350), Dr. Marcelo Gonçalves de Paula, estaria impedido de processar e julgar o processo criminal, pois não teria, assim, isenção, em razão das considerações feitas no procedimento administrativo”¹⁵⁷⁶, sendo que “a ação penal instaurada em desfavor do paciente está completamente viciada pois a decisão interlocutória que recebeu a denúncia foi exarada pelo juízo impedido, razão pela qual deve ser anulado processo criminal a partir deste ato judicial, pouco importando se no curso do processo tenha sido substituído o magistrado condutor da ação”¹⁵⁷⁷ (pelo princípio da causalidade das nulidades processuais penais).

Em um julgado mais antigo, datado do ano de 2002, o Ministro Relator Hamilton Carvalhido já havia assentado que “o julgamento da ação penal por magistrado que, anteriormente, participou de processo administrativo, propondo e obtendo, inclusive, a pena de demissão do servidor, evidencia a ausência de isenção na solução do litígio, ainda que o Juiz se declare apto a conduzir a causa. Decerto, o termo ‘instância’ a que alude o artigo 252, inciso III. do Código de Processo Penal, não está apenas por grau de jurisdição,

Ministros que não havia impedimento, já que o rol do art. 252, do CPP, seria taxativo, não falando em processo administrativo: STJ, HC 131.792/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 22.11.2011, v.u.

¹⁵⁷⁴ STJ, HC 42.249/RJ, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 28.06.2005, v.u. (p. 07, do acórdão).

¹⁵⁷⁵ STJ, HC 48.248/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.06.2007, v.u. (p. 04, do acórdão).

¹⁵⁷⁶ STJ, HC 48.248/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.06.2007, v.u. (p. 05, do acórdão).

¹⁵⁷⁷ STJ, HC 48.248/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.06.2007, v.u. (p. 05, do acórdão).

mas, também, por suas diferentes espécies, entre as quais a administrativa e a judicial. Tal orientação, para mais, obsta que se desvirtue a autonomia entre as esferas administrativa e judicial”¹⁵⁷⁸.

No Supremo Tribunal Federal, logrou-se analisar um julgado, um tanto quanto inusitado, isso porque estava em discussão suposto impedimento do Ministro Hamilton Carvalhido, do STJ, o qual julgara um Agravo de Instrumento, não obstante, na ação penal, tivesse exercido a função de membro do Ministério Público no processo.

Haja vista que o julgamento contou com a participação de 3 (três) Ministros no STJ, considerando-se ser esse o quórum mínimo para julgamento, o Supremo reconheceu a sua nulidade, de ordem absoluta, pois, consoante expõe a Ministra Relatora, Cármen Lúcia: “inevitável é a conclusão de que o acórdão atacado encontra-se eivado de vício insanável, sendo, portanto, nulo”¹⁵⁷⁹.

Da análise de todo o exposto acima, tem-se que o impedimento do magistrado é uma causa de nulidade semelhante ao vício de incompetência, já que tanto o magistrado incompetente quanto o juiz impedido não têm legitimidade para analisar e julgar o feito.

Em se tratando de impedimento de juiz monocrático, a solução do caso não comporta maiores questionamentos, pois é reconhecida a nulidade.

Em se tratando de um magistrado impedido nos órgãos colegiados (em que vários julgam a matéria), a jurisprudência tem ponderado se, por acaso, não teria havido algum prejuízo, analisando se o voto do julgador impedido mudaria o teor do julgamento.

Geralmente, isso é feito aritmeticamente: computam-se o número de julgadores e analisa-se se o voto do impedido, se fosse outro, alteraria o resultado do julgamento.

Cabe destacar que essa não é a melhor forma de analisar o prejuízo, pois ainda que o voto do juiz impedido não altere o julgamento (se fosse em outro sentido), deve-se analisar se a sua participação foi ou não essencial para influenciar os demais julgadores. Pode ocorrer de um magistrado impedido, por meio de sua linha de argumentação, tenha convencido os demais julgadores, sendo que, nessa situação, a sua participação teve um papel considerável para o julgamento se dar de um modo e não de outro. Sendo assim, embora seja possível analisar o prejuízo com base no número de votos em um e outro sentido, para verificar se o voto do impedido teria alguma relevância para alterar o julgamento (ou, acrescentamos, para o cabimento de eventual recurso: por

¹⁵⁷⁸ STJ, REsp 255.457/MG, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, 6.ª T., j. 07.03.2002, v.u. (p. 04/05, do acórdão). Igualmente, o mesmo entendimento no sentido de que há impedimento do juiz penal que, anteriormente, participou/julgou o procedimento administrativo, havendo o termo instância, constante do artigo 252, III, CPP, que ser lido de forma ampla: STJ, RHC 4.591/MG, Ministro Relator Adhemar Maciel, 6.ª T., j. 12.06.1995, v.u.

¹⁵⁷⁹ STF, HC 92.418/RJ, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 20.10.2007, v.u. (p. 688, do acórdão). Na mesma página, a Relatora discorreu que, com o impedimento, ficou frustrado o quórum mínimo previsto no Regimento Interno do Tribunal (RISTJ), de pelo menos, 3 (três) Ministros (art. 179, RISTJ)

exemplo, embargos infringentes), em alguns casos poderá e deverá ser ponderado o grau de participação do magistrado impedido para o convencimento dos demais.

Se o julgamento tiver a participação de um magistrado impedido e o órgão estiver composto do seu quórum mínimo, então haverá nulidade consubstanciada na insuficiência de quórum legal para a instalação do julgamento.

Por fim, cabe anotar que as causas de impedimento constam de rol taxativo legal.

De toda forma, seja ao se trabalhar com uma interpretação extensiva da palavra *instância*, seja ao se trabalhar com a suspeição (caráter subjetivo que denota parcialidade), não é possível concordar com a linha de entendimento recentemente formada no Superior Tribunal de Justiça que não vislumbra problema (ou melhor, prejuízo) em magistrados que aplicaram penas administrativas também julgarem o mesmo fato na seara penal.

5.5.4.4. Identidade física do juiz.

O princípio da identidade física do juiz, recentemente também vigente na seara penal (2008), tem sido afastado em diversas circunstâncias legais, que, uma vez presentes, inviabilizam que o magistrado que presidiu a instrução profira sentença.

Nesse sentido, vem o Superior Tribunal de Justiça entendendo que deve incidir o artigo 132, do Código de Processo Civil, que especifica melhor os casos em que o juiz que acompanhou a instrução não poderá proferir sentença.

Em determinado caso, o Ministro Sebastião Reis Júnior disse que, não obstante a previsão da referida diretriz no artigo 399, § 2.º, CPP, “diante da ausência de outras normas específicas regulamentando o mencionado dispositivo legal, esta Corte Superior de Justiça tem se orientado no sentido de que deve ser admitida a mitigação do aludido princípio nos casos de convocação, licença, promoção, aposentadoria ou afastamento por qualquer motivo que impeça o juiz que presidiu a instrução de sentenciar o feito, por aplicação analógica, devidamente autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, da regra contida no art. 132 do Código de Processo Civil”¹⁵⁸⁰.

O mesmo entendimento vem sendo aplicado pela 5.ª Turma¹⁵⁸¹.

¹⁵⁸⁰ STJ, HC 185.859/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 13.09.2011, v.u. (p. 05/06, do acórdão). No ponto, o *writ* foi concedido, já que, no caso concreto, o juiz que presidiu a instrução (oitava das testemunhas e interrogatório) já havia retornado de férias antes da prolação da sentença, não havendo qualquer razão para que não proferisse a decisão.

¹⁵⁸¹ “... 1. O princípio da identidade física do juiz, introduzido no sistema processual penal pátrio pela Lei n.º 11.719/2008, deve ser analisado, conforme a recente jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal, à luz das regras específicas do art. 132 do Código de Processo Civil. 2. O fato de o juiz substituto ter sido designado para atuar na Vara do Tribunal do Júri, em razão de férias da juíza titular, realizando o interrogatório do réu e proferindo a decisão de pronúncia, não apresenta qualquer vício apto a ensejar a nulidade do feito. 3. Habeas corpus denegado. (STJ, HC 161.881/RS, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª

Em outro caso, o Ministro Og Fernandes ponderou que não há ofensa à identidade física do juiz a prolação de sentença de magistrado que presidiu parte da instrução, sobretudo se ele é o magistrado titular da vara, sendo a decisão bem fundamentada¹⁵⁸².

Caso interessante foi o julgamento do HC n. 184.838/MG (j. 04.08.2011), impetrado por Cezar Roberto Bitencourt, que defendeu a tese de que o juiz - ainda que competente para apreciar o feito por conta de ter acompanhado toda a instrução do processo (identidade física do juiz) - não poderia proferir sentença durante as suas férias. O STJ concedeu a ordem, ao argumento de que, além de o magistrado se encontrar de férias, teria proferido a sentença no dia da sua remoção para outra vara, sendo que, por conta disso, não teria competência para proferir sentença, ainda mais condenatória¹⁵⁸³.

Confira-se o teor do voto do Ministro Relator, Jorge Mussi, que se transcreve a seguir, dado o ineditismo do caso em apreço:

Ministro Jorge Mussi: "... nos termos do artigo 132 do Código de Processo Civil, o juiz que presidiu a instrução, mas que por qualquer motivo esteja afastado, não proferirá sentença,

Turma, j. 17.05.2011, v.u.). Este caso é interessante, porque, apesar de a ordem ter sido denegada, os Ministros, implicitamente, afirmaram que o princípio da identidade física do juiz pode se aplicar ao Júri (decisão de pronúncia), o que é muito louvável, por conta da plenitude do direito de defesa, mas, de certa forma, não está expresso na lei (CPP).

¹⁵⁸² Assim se manifestou o Ministro, em seu voto: "Tenho, contudo, que o exame do acervo cognitivo contido nos presentes autos revela que a Juíza sentenciante, Dr^a Maria Terezinha Mendonça de Oliveira, presidiu parte da instrução processual, dando prosseguimento à audiência realizada no dia 14/4/2008, quando, naquele dia, ouviu as testemunhas de defesa Rosa Alves e Maria da Graça Felisberto (fl. 110), declarando, em seguida, encerrada a instrução. Impende salientar que a magistrada que conduziu, no início, a instrução, Dr^a Ana Luísa Schmidt Ramos Bornhausen, era Substituta e, portanto, encontrava-se exercendo, em caráter temporário, o ofício na 2^a Vara Criminal de Florianópolis, ao contrário da Juíza que a sucedeu, Dr^a Maria Terezinha Mendonça, que assumiu como Titular por força do Ato n^o 1491/07-GP, cabendo-lhe - nas palavras do acórdão - 'a prática dos atos inerentes ao seu mister, dentre os quais a entrega da prestação jurisdicional nos feitos conclusos para sentença, situação que afasta a incidência do aludido princípio'. Dessa forma, não vislumbro ofensa ao art. 399, § 2^o, do CPP. Noutro giro, acrescento que a sentença encontra-se exaustivamente fundamentada quanto à materialidade e autoria do delito, invocando-se tanto a prova testemunhal como outros elementos indiciários produzidos no feito criminal e submetidos ao crivo do contraditório. Observe-se, nessa quadra, que a Juíza sentenciante, conquanto não tivesse sido a responsável pela tomada dos depoimentos das testemunhas de acusação - já que a Juíza Substituta o fizera -, analisou os autos de maneira percuciente e percebeu, inclusive, a existência de alguma contradição em ditos depoimentos. Concluiu, entretanto, que tais divergências seriam previsíveis e admitidas no processo, porquanto não se poderia exigir que policiais se recordem, com minúcias, das prisões em flagrante que com frequência efetuam. Com efeito, a sentença também se lastreou nas cópias do Processo n^o 023.07.146211-5, da Vara da Infância e Juventude, relativo à adolescente S. S. A., namorada do réu. Do referido acervo foram extraídos trechos de interceptações telefônicas que demonstram que o paciente, mesmo preso, comandava o narcotráfico" (STJ, HC 219.482/SC, Ministro Relator Og Fernandes, 6.^a T., j. 27.03.2012, v.u.)(p. 04/05, do acórdão). Interessante foi o voto-vista proferido pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, o qual até sinaliza para um aparente prejuízo causado ao acusado, já que houve condenação, sendo que, no início da instrução, outro juiz presidiu a audiência das testemunhas de acusação; de toda forma, o Ministro argumenta que, com relação ao princípio da identidade física do juiz, tem-se aplicado o artigo 132, do CPC, que fala que a competência será do juiz que concluir a audiência, não havendo nulidade no caso. Outrossim, o Ministro ainda argumenta que a juíza que acompanhara o início da instrução havia se afastado da vara, sendo que, nesses casos, aplica-se o artigo 132, do CPC, que afasta a identidade física do juiz.

¹⁵⁸³ STJ, HC 184.838/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.^a T., j. 04.08.2011.

devendo encaminhar os autos ao seu sucessor. Assim, durante as férias do Juiz José Eustáquio Lucas Pereira, competiria ao magistrado substituto da 3ª Vara de Tóxicos apreciar o mérito do processo penal em comento, inexistindo motivos que justifiquem a prolação de sentença durante o período de seu descanso regulamentar. Quanto ao ponto, é imperioso assinalar que ainda que se possa admitir a presunção, feita pela Corte de origem, de que o Juízo sentenciante se manifestou nos autos antes de assumir a Vara de Família para a qual foi removido, é certo que o mencionado magistrado encontrava-se em gozo de férias, conforme ele próprio confirmou ao decidir a causa. Desse modo, inexistem motivos plausíveis ou razoáveis a justificar a conduta do Juiz de Direito prolator do édito repressivo, que se manifestou sobre o mérito da presente ação penal durante período no qual se encontrava temporariamente afastado de suas atividades em razão de férias regulamentares, oportunidade em que competiria ao seu substituto atuar no feito. Ademais, e ao contrário do que assentado pelo Tribunal de Justiça Estadual, não é possível presumir que a prolação da sentença objurgada tenha se dado antes de produzirem os efeitos da remoção deliberada pelo Órgão Especial do aludido Sodalício. É que, além de tal presunção contrariar o que consignado pelo próprio magistrado sentenciante, que afirmou que, ao tempo da decisão, "encontrava-se em gozo de férias regulamentares " e "removido para a 2ª Vara de Família desta Comarca " (e-STJ, fl. 38), é certo que a deliberação sobre a sua remoção ocorreu aos 24.6.2009, em Sessão Ordinária da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ata foi disponibilizada aos 26.6.2009 (uma sexta-feira), e considerada publicada aos 29.6.2009 (segunda-feira subsequente). Conclui-se, portanto, que no dia 30.6.2009, data na qual o magistrado singular sentenciou o feito, a sua remoção para a 2ª Vara de Família da comarca de Belo Horizonte/MG já era dotada de todos os requisitos de validade e eficácia, anunciando o esvaziamento da sua competência funcional para julgar os feitos distribuídos à 3ª Vara de Tóxicos daquela comarca. Aliás, conveniente registrar que o julgamento da causa pelo Juiz durante as suas férias, e mesmo após ter sido removido para outra Vara, poderia caracterizar até mesmo a sua suspeição, na medida em que, ao revelar a intenção de se manifestar sobre o feito quando não era obrigado a prestar a jurisdição, por estar temporariamente afastado de suas funções, poderia demonstrar possível atuação parcial em relação a determinado processo criminal. Isto porque, embora não se possa negar que o aludido magistrado estivesse investido de jurisdição, a qual, como é cediço, é una, a sua atuação se deu em desconformidade com as normas de divisão e organização judiciária, implementadas para dar efetividade à distribuição de competência regulada na Constituição Federal, exurgindo daí a ofensa ao princípio do juiz natural, já que, se não é dado ao jurisdicionado escolher previamente o Juízo ao qual a causa será levada à apreciação e julgamento, veda-se igualmente que este vá ao encontro dos feitos que pretende sentenciar¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸⁴ STJ, HC 184.838/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 04.08.2011. (p. 17/18, do acórdão). Voto vencido foi o do Ministro Gilson Dipp, que fez uma série de considerações, entre elas que a publicação da sentença se dá com a sua publicação em cartório, pelo escrivão, o que teria se dado após as férias do magistrado; quanto à remoção para outra vara, o Ministro considerou que, em casos assim, haveria um período de vacância. Segundo sustenta o Ministro Gilson Dipp, ao votar pela denegação da ordem: "se a sentença foi dada em 30 de junho, mas não há prova de que a sentença foi publicada para os efeitos jurídicos nessa data, não se pode dizer que a sentença foi dada em férias. E se assim se considerasse como dada após as férias, não haveria provada incompetência, posto que o magistrado embora nessa data tivesse obtido a ordem de remoção, ainda não teria assumido ou se vinculado (não há prova) à nova Vara. Daí que a sentença proferida nesse quadro de virtual vacatio funcional tanto não incorre na vedação do afastamento, quanto não incide na incompetência fatal" (STJ, HC 184.838/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 04.08.2011)(p. 24, do acórdão).

A identidade física do juiz é um princípio que parte do pressuposto de que o juiz que participou da instrução seria o magistrado mais adequado para julgar o feito.

Trata-se de uma constatação correta, até lógica, mas que deve ser contextualizada hoje em dia. Evidentemente, em comarcas (justiça estadual) e subseções judiciárias (justiça federal) com milhares de processos e poucos juízes, é muito difícil que o juiz vá se lembrar de todos os casos que tem para julgar, de todas as audiências, das peculiaridades do caso.

Portanto, a identidade do juiz é, na verdade, uma presunção de que o magistrado que participou da instrução teria melhores condições de julgar a demanda.

Sendo assim, do ponto de vista prático, não há, de fato, um prejuízo concreto em um juiz, da mesma vara, julgar um feito do qual não participara da instrução, já que o juiz que participou, dada da quantidade de processos, dificilmente lembrará de peculiaridades do caso. Aliás, pode ser que o juiz que não participou da instrução se mostre até mais apto a julgar, pois não foi contaminado pelos preconceitos e falsas impressões que poderia ter tido o outro juiz ao colher o depoimento de uma testemunha ou ao interrogar o acusado¹⁵⁸⁵.

De toda forma, em que pese o exposto, a identidade física do juiz é um critério de competência, a qual, em processo penal, constitui uma garantia.

Sendo assim, se o critério foi eleito pela lei, por mais questionável e discutível que seja na prática, não cabe ao intérprete recusar-lhe aplicação.

Portanto, não havendo uma situação de força maior (por exemplo, a aposentadoria do juiz, promoção para outra comarca, uma longa licença¹⁵⁸⁶), deve a identidade física do juiz ser respeitada no processo penal, sendo absolutamente nulo o julgamento realizado por juiz que não presidiu toda a instrução criminal.

¹⁵⁸⁵ A identidade física do juiz foi recentemente inserida no processo penal com as reformas de 2008. Decorreu da tônica em privilegiar a oralidade ao procedimento, como se, em um passe de mágica, todas as audiências passassem a ser unas e o juiz pudesse proferir sentença em um único dia. Cabe destacar que isso dificilmente ocorrerá na prática. Aliás, do ponto de vista teórico, nem deveria, pois o processo foi feito para ter um tempo de maturação. Não precisa demorar anos, mas também não queremos *injustiça célere e fulminante*. No ponto, somos bem céticos quanto a essa histeria pela oralidade do processo a todo custo, que não deixa de ter suas incoerências. Afinal, a oralidade serviria para o juiz tomar contato mais de perto com a prova, com os testemunhos, para tomar “impressões” se a testemunha está ou não mentindo. Nem sempre, contudo, essas impressões serão corretas. O juiz não é psicólogo ou um perito na arte de interpretar o comportamento humano. Aliás, é interessante verificar que, não obstante a tônica da oralidade seja essa (que o juiz tome contato com a prova, para obter impressões), o fato é que, na sentença, dificilmente o juiz poderá expor suas impressões: a não ser que queira invalidar a sentença, pois não são poucos os doutrinadores que classificam essa motivação como irracional ou incontrolável (o que não deixa de ser correto). Então, com a devida vênia aos que pensam em contrário, a tônica pela oralidade e o princípio da identidade física são uma daquelas coisas na ciência que são tão contraditórias em si que fica mesmo difícil de entender a sua razão de ser. **Afinal, se o juiz não vai poder expor na sentença essas sensações ao tomar contato com a prova (por exemplo: que não vai dar crédito à testemunha x, y, z porque seu depoimento não foi convincente, ou porque a testemunha estava nervosa, titubeante, etc.), por que, então, toda a tônica conferida para que ele tome contato com elas e, necessariamente, julgue depois o feito, sob pena de nulidade?**

¹⁵⁸⁶ Pode-se utilizar em analogia o artigo 132, do Código de Processo Civil. Contudo, só se faz a observação de que, no processo penal, nada obsta que durante um período curto de afastamento do juiz (por exemplo, férias), aguarde-se o seu término para que esse magistrado possa julgar o feito.

Aqui, não tem aplicação o dispositivo do Código de Processo Civil que determina que o juiz competente é aquele que presidiu o último ato de instrução, já que, no processo penal, não se dispôs dessa forma. Não se trata de uma omissão, a qual demandaria o uso de analogia. A incompetência, no processo penal, qualquer que seja ela, é sempre de ordem absoluta. O prejuízo resta certificado pelo desrespeito ao devido processo penal.

5.5.5. Direito à produção da prova testemunhal.

O STJ já teve oportunidade de dispor que as partes têm o direito de ouvir as testemunhas oportunamente arroladas, sob pena de nulidade. No julgado (HC 30.123/PR, j. 07.04.2005), a Ministra Relatora, Laurita Vaz, considerou que a falta de arguição das testemunhas regularmente arroladas no prazo legal dá causa à nulidade relativa e, por isso, deve ser alegada nas alegações finais¹⁵⁸⁷; a nulidade foi reconhecida, já que alegada no momento oportuno, sendo que a lesão restou verificada, pois “o juízo processante, ao pronunciar o réu, **valeu-se de prova testemunhal trazida apenas pela acusação e produzida na instrução criminal para fundamentar o seu juízo perfunctório de convicção dos fatos**, razão pela qual se evidencia o cerceamento defensivo”¹⁵⁸⁸. De toda forma, caso não haja indicação tempestiva de rol de testemunhas a serem ouvidas, entende o STJ que “não constitui cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva de testemunhas não arroladas na defesa prévia, em razão da ocorrência da preclusão consumativa”¹⁵⁸⁹.

O direito à prova tem claro assento constitucional, quer se leia esse direito como uma decorrência do direito de ação ou de defesa (de modo indireto), quer seja lido de forma autônoma (de modo direto), como um direito à obtenção das provas (um direito à investigação e, evidentemente, produção da prova em juízo).

Nesse sentido, temos duas possibilidades em analisar a possível nulidade: (1) pela leitura constitucional da teoria das nulidades processuais penais, a nulidade decorrente do indeferimento seria de ordem absoluta, sendo o vício insanável.

Pelo Código de Processo Penal, contudo, (2) seria uma nulidade relativa, já que o indeferimento da produção da prova constituiria um vício procedimental de conteúdo (por equívoco na apreciação de sua pertinência ou relevância), havendo, portanto, a “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

¹⁵⁸⁷ No ponto, a Ministra Relatora cita precedente de relatoria do Ministro Assis Toledo (STJ, RHC 5.297/SC, Ministro Relator Assis Toledo, 5.ª T., j. 16.04.1996, v.u.): neste julgado, o Ministro Assis Toledo discorre que o vício deveria ser alegado na fase de diligências (artigo 499 revogado) ou na fase das alegações finais, ou, pelo menos, na apelação criminal interposta, havendo preclusão, consoante os termos do artigo 571, II, c.c. art. 500, todos do CPP.

¹⁵⁸⁸ STJ, HC 30.123/PR, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 07.04.2005, v.u. (p. 05, do acórdão).

¹⁵⁸⁹ STJ, HC 139.332/DF, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.04.2011, v.u. (p. 03, do acórdão).

Como já tivemos oportunidade de expor¹⁵⁹⁰, se fôssemos mesmo analisar todas as nulidades pela vertente constitucional (para dizer se elas são, ou não, absolutas), a rigor não haveria espaço para as nulidades de ordem relativa, pois, de uma forma ou de outra, toda nulidade atinge algum valor ou preceito de ordem fundamental, algum preceito de ordem pública.

Por isso, tendo em vista que a análise constitucional (vulneração dos direitos e garantias fundamentais) não pode servir de critério para diferenciar a nulidade absoluta da relativa (pois, por essa análise, a rigor, todas as nulidades deveriam ser absolutas), levamos em consideração a distinção feita pelo legislador. Segundo entendemos, a lei pode, desde que calcada em interesses públicos e constitucionalmente relevantes, distinguir os vícios no processo para os quais prevê causas saneadoras, como prazos preclusivos, o que caracteriza as nulidades de ordem relativa. De certa forma, é isso o que o nosso Código de Processo Penal faz, estabelecendo um rol extremamente amplo de vícios insanáveis (nulidade absoluta) e um catálogo bem mais restrito de nulidades relativas.

O indeferimento quanto à produção da prova (qualquer que seja ela) pode gerar um vício que o Código cataloga como nulidade de ordem relativa, devendo ser alegado até o momento das alegações finais. Por isso acertam os Tribunais, nesse ponto, ao classificar a nulidade como de ordem relativa.

O prejuízo, sem se tratando do indeferimento da produção da prova testemunhal pleiteada no momento legal adequado¹⁵⁹¹, dentro do número legal, é quase que certo, pois dificilmente o juiz poderá, *ex ante*, analisar se um testemunho será, ou não, pertinente e relevante para o deslinde da causa (seja no que tange ao juízo de absolvição/condenação, seja no que diz respeito à dosimetria da pena).

5.5.6. Designação de audiências de instrução no mesmo dia.

O STJ analisou caso em que duas audiências de testemunhas de acusação foram marcadas para dias e horários iguais. No ponto, disse o Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, em voto vencedor, que, no caso, não haveria como reconhecer a nulidade, pois a defesa foi intimada dessas audiências, nos juízos deprecados, com 3 (três) dias de antecedência, não tendo, entretanto, postulado a redesignação de qualquer uma delas¹⁵⁹²;

¹⁵⁹⁰ Especialmente no capítulo 3, item 3.6.1.1.3.2.2.

¹⁵⁹¹ Para a acusação, a prova deve ser requerida na denúncia; para a defesa, quando for apresentada a resposta à acusação, observando-se que o prazo para a resposta à acusação é impróprio, por se tratar de uma peça obrigatória no processo.

¹⁵⁹² Discorre o Relator: “Ademais, relevante anotar que o Advogado do paciente foi cientificado das datas e horários das audiências nos Juízos deprecados com 3 dias de antecedência, ou seja, em tempo suficiente para

no mais, disse ainda que não houve prejuízo, pois, na audiência em que não compareceu o advogado, a testemunha de acusação disse apenas não ter presenciado o fato supostamente delituoso, não conhecendo nem a vítima nem o acusado, tendo dito apenas ter encontrado o corpo: enfim, concluiu o Relator, seria desnecessário anular o feito, pois nenhum benefício poderia acarretar o depoimento dessa testemunha para a defesa¹⁵⁹³. No caso, também proferiu voto o Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), o qual reconheceu a nulidade¹⁵⁹⁴, restando, contudo, vencido na Turma.

Interessante a situação analisada pelos Tribunais Superiores e que pode ocorrer até com alguma frequência, em se tratando de oitivas mediante cartas precatórias.

Trata-se de nulidade relativa, que deve ser alegada até o momento das alegações finais. Evidentemente, o prejuízo, nesses casos, deverá ser analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto: (a) se foi pedido, com certa antecedência, o adiamento da audiência em alguns dos juízos; (b) a quantidade de advogados que estão na procuração ou foram substabelecidos para o patrocínio da causa; (c) eventualmente, o próprio teor do ato (da audiência), sendo que, de fato, ainda que não tenha comparecido o advogado da causa, se a testemunha disse que nada sabia a respeito do fato nem conhecia réu e a vítima, parece uma demasia pretender invalidar o ato.

5.5.7. Presença do advogado na audiência.

A ausência de advogado na audiência de instrução é lida no Superior Tribunal de Justiça como causa de nulidade absoluta¹⁵⁹⁵. O STJ analisou caso em que houve audiência de oitiva de testemunha de acusação sem o defensor estar presente. No ponto, como pontua o Ministro Relator, Og Fernandes, apesar de a questão não ter sido suscitada em qualquer momento durante a instrução, nem mesmo em sede de apelação, não haveria como não

requerer um adiamento, se fosse o caso, quedando-se, todavia, inerte” (STJ, HC 181.674/PE, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 21.06.2011)(p. 12, do acórdão).

¹⁵⁹³“Exatamente por sua importância, o Estado-Juiz deve coibir a utilização do processo como forma de impedir ou frustrar a atuação jurisdicional, acolhendo interpretações desprovidas de razoabilidade, sempre que constatar a inexistência de prejuízo para a defesa. Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça” (STJ, HC 181.674/PE, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 21.06.2011)(p. 13, do acórdão).

¹⁵⁹⁴ Assim votou o Ministro, cuja fundamentação não encontrou guarida na Turma: “*Data maxima venia* ao entendimento adotado pelo em. Ministro Relator, penso que a realização das audiências para a oitiva de testemunhas, na mesma data e em Comarcas distintas, se reveste de vício processual que redonda em contrariedade aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como em prejuízo claro e evidente para o ora paciente, caracterizando efetivo cerceamento de defesa” (STJ, HC 181.674/PE, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 21.06.2011)(p. 16, do acórdão).

¹⁵⁹⁵ STJ, HC 81.199/AM, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 27.03.2008, v.u (neste caso, o Relator cita ementas referindo-se à hipótese como nulidade absoluta, tendo citado inclusive precedente de sua autoria).

reconhecer a nulidade que, no caso, seria de ordem absoluta (como expõe o Ministro, reconhecível a qualquer tempo)¹⁵⁹⁶. No caso, pontuou o Ministro restar a nulidade ainda mais evidente, porque, na sentença, o magistrado valeu-se desses depoimentos para amparar o edito condenatório, sendo a ocorrência de prejuízo notória e presumida¹⁵⁹⁷.

Em outro caso, contudo, o Ministro Og Fernandes afirmou que “no que diz respeito à nulidade decorrente da falta de nomeação de defensor dativo, para acompanhar a audiência de oitiva de testemunha de acusação (Juarez Neves Andrade), realizada por meio de carta precatória, em razão de o advogado constituído pelos pacientes não ter comparecido ao respectivo ato, apesar de devidamente intimado, não vislumbro o alegado constrangimento. A uma, porque nenhuma das partes pode argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal. A duas, pois, nos termos do art. 566 do CPP, não se declara nulo ato que não tiver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. No caso, verifica-se que a sentença condenatória não se apoiou no depoimento de tal testemunha, mas, apenas, em outros elementos de prova, conforme afirma expressamente o Juiz de primeiro grau, verbis: (...) *‘anoto que o referido depoimento não será utilizado como prova por ocasião da prolação da sentença’*”¹⁵⁹⁸. **Pelo que se nota do exposto acima, a grande diferença entre os julgados reside no fato de o prejuízo restar positivado, na ótica do Tribunal, somente se o juiz utilizar os elementos de prova obtidos na sentença.**

O argumento, não obstante seja ponderável, é perigoso, pois, quiçá, para burlar o pronunciamento da nulidade, bastaria o magistrado não fundamentar os elementos anuláveis na sentença, utilizando-se, para tanto, de outros.

De toda forma, em que pese haver discussão a respeito desse tema (nulidade de audiência sem participação de defensor, seja o da parte, seja o nomeado *ad hoc*, para o ato), o Superior Tribunal de Justiça tem, em geral, reconhecido a nulidade da audiência de oitiva de testemunha sem a presença de defensor.

¹⁵⁹⁶ STJ, HC 102.226/SC, Ministro Relatora Og Fernandes, 6.ª T., j. 03.02.2011, v.u. Contudo, o Ministro não fundamenta, expressamente, porque a nulidade seria de ordem absoluta, apenas pontuando que haveria cerceamento de defesa.

¹⁵⁹⁷ O Ministro Og Fernandes transcreve trecho do parecer do Ministério Público afirmando que, no caso, sendo a nulidade de ordem absoluta, “desnecessária a demonstração de efetivo prejuízo, uma vez que este é presumido” (STJ, HC 102.226/SC, Ministro Relatora Og Fernandes, 6.ª T., j. 03.02.2011, v.u.)(p. 06, do acórdão)

¹⁵⁹⁸ STJ, HC 89.301/MS, Ministro Relator originário: Og Fernandes; Ministro Relator para acórdão: Nilson Naves, 6.ª T., j. 19.02.2009. (p. 06-07, do acórdão). Cabe destacar que, neste caso, a ordem foi deferida por outro fundamento, conforme voto vencedor do Ministro Nilson Naves, já que, no mesmo processo, houve outra audiência, na qual o acusado (preso) não foi requisitado para o ato. Contudo, no voto do Ministro Nilson Naves, esse Ministro, praticamente, não aborda o fundamento de que haveria nulidade pela ausência de advogado (ou mesmo ausência de nomeação de defensor dativo) na outra audiência.

No julgamento do HC 172.901/RS, a 5.^a Turma do STJ analisou caso similar, no qual, em oitiva de testemunha de acusação por carta precatória, o advogado constituído não compareceu, não sendo nomeado defensor dativo. No ponto, houve também discussão entre os Ministros, tendo o Relator originário, Napoleão Nunes Maia Filho, denegado a ordem, para não reconhecer a nulidade, sob o argumento:

“na hipótese, a testemunha não teve qualquer influência para a decisão condenatória; era testemunha de acusação, mas a sentença a ela não se referiu e a defesa não diz qual seria a utilidade da repetição de sua ouvida (já que não fora arrolada por ela), mas pelo Ministério Público; do que se vê dos autos, a repetição desse ato em nada irá alterar a conclusão a que chegaram o MM. Juiz e o Tribunal *a quo* sobre o dolo do acusado, convencimento calcado especialmente em prova documental e nos relatório do TCE; assim, ao meu sentir, no caso, embora a jurisprudência corretamente, diga-se de passagem, não permita que a inquirição de uma testemunha por carta precatória seja feita sem a presença de um Advogado Dativo, quando ausente o causídico constituído pela parte, admitir essa nulidade seria mero apego ao formalismo e, na verdade, um amesquinamento do princípio do justo processo, que, certamente, não objetiva prestigiar arguições de nulidade vazias de sentido, transformando-o em algo etéreo, distante da realidade e sem significado prático”¹⁵⁹⁹.

Nesse caso, o Ministro Jorge Mussi, em voto vencedor, reconheceu a nulidade, ao discorrer que: “para refutar a alegação defensiva tanto o magistrado singular como a Corte de origem invocaram o argumento de que a eiva reclamada não teria causado prejuízo ao paciente, tendo em vista que o depoimento colhido na oportunidade não teria sido utilizado para a formação do juízo condenatório. **Olvidaram-se, porém, as instâncias de origem, que a garantia ao contraditório, inerente ao devido processo legal implantado no seio de um Estado Democrático de Direito, deve ser respeitada durante toda a instrução criminal, já que se trata de uma forma de controle de legalidade da prova posta à disposição das partes, por meio da qual podem, inclusive, produzir elementos probatórios aptos a dar embasamento à tese sustentada em juízo, seja ela acusatória ou de defesa**”¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁹ STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.^a T., j. 28.06.2011. (p. 15-16, do acórdão).

¹⁶⁰⁰ STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.^a T., j. 28.06.2011. (p. 24-25, do acórdão, destacamos). Ressaltou o Ministro Jorge Mussi: “Na hipótese em apreço, constata-se que durante a audiência de oitiva de uma testemunha de acusação perante juízo deprecado o paciente esteve completamente indefeso, já que sequer lhe foi nomeado defensor para o ato diante do não comparecimento do seu patrono constituído - falta que se atribui à ausência de intimação acerca da expedição de carta precatória -, circunstância que evidencia não apenas uma deficiência de defesa, mas, sim, a sua inexistência, o que macula o ato de forma absoluta, nos termos do enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal” (STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.^a T., j. 28.06.2011)(p. 26, do acórdão). Tendo em vista todo esse conjunto, a ordem foi deferida para anular o processo desde a expedição da carta precatória, já que não houve intimação da sua expedição.

A presença do advogado a todos os atos processuais é uma garantia obrigatória, que deve ser observada pelo juiz, sob pena de nulidade processual.

A nulidade, no caso, é de ordem absoluta, haja vista o disposto no artigo 564, III, alínea c, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, não comparecendo o advogado constituído ao ato, nem sendo justificada a sua ausência, deve o juiz nomear um advogado *ad hoc*, a fim de que o acusado não reste indefeso. Caso não faça isso, o prejuízo deverá ser reconhecido, pois estará, por óbvio, vulnerada a ampla defesa, sobretudo nos casos em que a testemunha ouvida é a da acusação. Descabe aqui, para não reconhecer a nulidade, alegar que a parte, de certa forma, concorreu para a sua ocorrência, já que é dever do juiz velar para que seja garantida a ampla defesa, devendo, para tanto, por expressa disposição legal, nomear defensor *ad hoc*.

Outrossim, para se aferir o prejuízo, não basta afirmar, para tanto, que juiz não teria analisado a prova na sentença. Ora, vigorasse o exposto, para evitar uma nulidade ao processo, bastaria o juiz, muito astutamente, desconsiderar uma prova, na sentença.

Aliás, é estranho que não o juiz não valore todos os elementos, na sentença, pois o magistrado deve apreciar todas as provas, para não incorrer em vício de motivação.

Então, o argumento de que o elemento não fora valorado na sentença, além de contrariar o bom senso (pois, obviamente, o juiz viu o ato e, ainda que implicitamente, acabou, de certo modo, sendo influenciado por ele), fere o mais basilar direito (obrigatoriedade de análise de todas as questões produzidas).

Deve-se analisar se o conteúdo do ato foi prejudicial para o acusado, de forma que, ainda que o juiz não o tenha valorado na sentença, nada garante que o julgador não o tenha levado em consideração (na sua mente). O prejuízo aqui pode ser meramente potencial. É o quanto basta para o reconhecimento da nulidade.

5.5.8. Presença do réu na audiência.

No julgamento do RHC 102.961/RS (j. 20.11.2012), o Supremo Tribunal Federal discorreu, para não reconhecer a nulidade, que, no caso, o acusado vinha exercendo defesa própria, por ser advogado, sendo que, na audiência, a testemunha pediu para que fosse retirado da sala. Assim, “então, o Juízo nomeou defensor. Consideradas essas premissas, não existe a nulidade, mas há mais. Conforme ressaltado no acórdão resultante do julgamento do recurso em sentido estrito, trata-se de nulidade relativa que deveria ter sido evocada no prazo previsto no artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal”¹⁶⁰¹.

¹⁶⁰¹ STF, HC 102.961/RS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 20.11.2012, v.u. Na ementa ficou assim assentado: “... O fato de o Juízo não abrir oportunidade a que o próprio réu, que vinha fazendo em causa

Em caso parecido, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio, este magistrado ponderou que apenas em hipóteses fundamentais poderia a testemunha ser ouvida sem a presença do acusado, devendo o ato ser assistido por advogado. Lembrou o Ministro a antiga e a nova dicção do teor do artigo 217, do Código de Processo Penal, para destacar a excepcionalidade da medida (audiência sem a presença física do acusado). Sendo assim, em se tratando de réu preso, ainda que sob custódia de Estado de outra localidade, deve ser requisitado para o ato¹⁶⁰². No ponto, o Ministro Relator disse que a insurgência do advogado foi manifestada no momento adequado, não estando a nulidade (no que aponta ser relativa¹⁶⁰³) sujeita à preclusão, sendo que o prejuízo adviria com a própria condenação. O Supremo, então, concedeu a ordem para “assentar a nulidade do processo a partir da audiência de oitiva de testemunhas sem a presença do paciente”¹⁶⁰⁴.

A ampla defesa se consubstancia na junção entre a defesa técnica (um defensor habilitado e com conhecimentos específicos em direito) e a autodefesa (presença do réu aos atos processuais). A defesa técnica é sempre indispensável e indisponível enquanto a autodefesa, para ser exercida, depende da disposição do acusado, o qual tem autonomia para querer, ou não, estar presente ao ato e participar dele. Caso não queira, não é obrigado a comparecer, o que é uma decorrência do direito constitucional ao silêncio.

Contudo, querendo estar presente ao ato, não há nada que justifique que o juiz vede, por completo, a sua participação, caso a testemunha prefira depor na sua ausência.

Com isso não se quer inferir que, necessariamente, deve estar presente ao ato.

Em determinadas hipóteses, será legítimo o pedido da testemunha ao solicitar que o acusado seja retirado da sala de audiência, ao depor.

Contudo, cumpriria ao Estado se aparelhar para garantir que o réu pudesse assistir ao ato, sem a testemunha vê-lo, podendo se comunicar com o seu advogado, do lado de

própria a defesa técnica, nomeasse defensor gera, a teor do disposto no artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal, nulidade relativa”. O acórdão, contudo, deixa de aprofundar uma série de questões relativas ao caso: (i) se o réu poderia ser retirado da sala de audiência, (ii) em que circunstâncias isso poderia se dar, (iii) se constituía um direito seu preferir a sua defesa técnica, em vez de defensor nomeado, (iv) se tinha que ser intimado para constituir advogado de sua confiança, etc.

¹⁶⁰² Disse o Ministro Marco Aurélio, na discussão com os demais Ministros: “a particularidade é esta: o custodiado, em outra unidade da Federação, deve ou não ser requisitado para a audiência de oitiva de testemunhas? Digo que sim. Cumpre ao Estado aparelhar-se para tanto” (STF, HC 94.216/RJ, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 12.05.2009)(p. 250, do acórdão).

¹⁶⁰³ No julgado, constou expressamente que a falha na requisição do acusado, para a audiência, constitui nulidade relativa, sujeita a preclusão (STF, HC 94.216/RJ, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 12.05.2009)(p. 247, do acórdão). No voto do Ministro Ricardo Lewandowski esse entendimento ficou expresso, sendo que o Ministro lembrou a nulidade foi suscitada em audiência, sendo reiterada nas alegações finais (p. 252, o acórdão).

¹⁶⁰⁴ STF, HC 94.216/RJ, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 12.05.2009. Voto vencido foi o da Ministra Cármen Lúcia, que não vislumbrou prejuízo na situação, pois, a seu ver, “no caso, efetivamente, não há nenhuma demonstração específica de que a ausência dele levaria a uma outra conclusão” (p. 248, do acórdão).

fora da sala de audiência (por meio de um microfone, etc), o que não seria algo difícil hoje em dia, dado todo o avanço tecnológico. Portanto, todos os casos em que o acusado manifestar interesse em participar do ato, e o juiz determinar a sua exclusão da audiência, sem oferecer outros meios para que o réu possa assistir ao ato e poder contribuir para a sua defesa (uma omissão do Estado), haverá nulidade de ordem absoluta.

5.5.9. Inversão na oitiva das perguntas do artigo 212, CPP.

O Superior Tribunal de Justiça, logo com a reforma de 2008, entendia que haveria nulidade absoluta da inobservância da ordem de perguntas na audiência de oitiva de testemunhas. Assim, invariavelmente, caso ocorresse inversão da ordem legal, a nulidade era reconhecida quase que instantaneamente à sua indagação, haja vista a violação do devido processo legal. No Tribunal, contudo, nos últimos anos, tem prevalecido cada vez mais o entendimento de que a nulidade decorrente da inobservância da ordem das perguntas feitas pelas partes às testemunhas é relativa, devendo ser alegada no momento oportuno¹⁶⁰⁵, devendo o prejuízo ser comprovado.

A respeito dessa mudança de entendimento, explica o Ministro Jorge Mussi, que “embora seja certo que no julgamento de casos semelhantes este Relator posicionou-se no sentido de que a inobservância da inovação legislativa citada importaria em eiva absoluta do ato, um aprofundamento no estudo dos institutos de Direito Processual Penal aplicáveis à espécie demonstra a necessidade de revisão do entendimento até então defendido. Isto porque, é cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades

¹⁶⁰⁵ Segue uma lista de julgados apontando se tratar a hipótese de nulidade relativa, devendo, portanto, ser alegada oportunamente. Cabe ressaltar que, nessa lista, não há uniformidade com relação ao momento em que a nulidade poderia ser arguida, sob pena de preclusão. Muitos acórdãos falam que a nulidade não foi arguida em momento oportuno, sendo que alguns, contudo, não especificam qual seria esse momento. Por exemplo, (i) apontando que a alegação tem que ser feita logo (i) na audiência de instrução, no primeiro momento que a parte teria para falar nos autos: STJ, AgRg no REsp 1.275.433/RS, Ministro Relator Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), 5.ª T., j. 28.05.2013, v.u.; STJ, HC 223.902/SP, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, 5.ª T., j. 14.05.2013, v.u.; STJ, HC 237.669/RS, Ministra Relatora Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.ª T., j. 18.04.2013, v.u.; STJ, HC 169.910/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 26.02.2013, v.u.; STJ, AgRg no HC 238.263/RS, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, 5.ª T., j. 12.06.2012, v.u.; (ii) sem qualquer especificação, no acórdão, do momento preclusivo exato para alegar a nulidade: STJ, HC 210.606/RS, Ministro Relator Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), 5.ª T., j. 19.03.2013, v.u.; STJ, HC 176.750/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 19.03.2013, v.u.;

verificadas no caso concreto. Assim, para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa, repita-se, a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal¹⁶⁰⁶.

E conclui o Ministro Jorge Mussi sobre a natureza relativa do vício

Ministro Jorge Mussi: “nessa ordem de ideias, eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, o qual deve ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência efetiva do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado pas de nullité sans grief, positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo”¹⁶⁰⁷.

Não obstante esse entendimento, em alguns poucos casos, tem-se observado que o STJ tem concedido a ordem. No julgamento do HC 180.705/MG (j. 16.06.2011), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, analisou-se um caso em que o sujeito foi condenado, tendo havido inversão da ordem de perguntas, pois o magistrado começou perguntando¹⁶⁰⁸. Analisando os fatos, entendeu o Tribunal por conceder a ordem, já que “no caso vertente restou violado *due process of Law* constitucionalmente normatizado, pois o art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal, preceitua que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’, e na espécie o ato reclamado não seguiu o rito estabelecido na legislação processual penal, acarretando a nulidade do feito, porquanto, a teor do art. 212 do Código Instrumental, a oitiva das testemunhas deve ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, sendo que na hipótese, o Magistrado não se restringiu a colher, ao final, os esclarecimentos que eleger necessários, mas realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição das vítimas, olvidando-se da alteração legal, mesmo diante do alerta ministerial no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei n. 11.690/2008”¹⁶⁰⁹ (...) “Nesse passo, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto hostilizado, o qual mesmo admitindo que houve a inversão apontada pelo Impetrante, não anulou a

¹⁶⁰⁶ STJ, HC 195.983/RS, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 14.06.2011, v.u. (p. 06, do acórdão).

¹⁶⁰⁷ STJ, HC 195.983/RS, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 14.06.2011, v.u. (p. 07, do acórdão). Logo adiante, o Ministro cita passagem doutrinária de Magalhães Noronha, o qual faz uma analogia entre pena e nulidade, sendo que os dois casos, por constituírem um mal (a nulidade seria, propriamente, um mal para o processo, por implicar a perda de atos jurídicos processuais), deveriam ser aplicados somente em último caso, sendo reservados para casos especialmente graves. No mérito, a ordem foi denegada, já que a nulidade não foi alegada em tempo oportuno (em audiência ou em sede de alegações finais); no mais, o Ministro também disse que não houve prejuízo, pois, de toda forma, o Ministro se reporta à fundamentação do Tribunal inferior, que discorrera que, ainda que anulado o ato, a sentença seria a mesma.

¹⁶⁰⁸ STJ, HC 180.705/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 16.06.2011, v.u.

¹⁶⁰⁹ STJ, HC 180.705/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 16.06.2011, v.u. (p. 08, do acórdão).

audiência procedida em desacordo com o art. 212 do Diploma Processual Repressivo, resta suficientemente demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal, sendo mister reiterar que contra os Pacientes foi proferida sentença condenatória, édito repressivo que encontra suporte nas declarações colhidas em desacordo com a legislação em vigor, bem demonstrando que, a despeito de tratar-se ou não de nulidade absoluta, houve efetivo prejuízo, quer dizer, é o que basta para se declarar nulo o ato reclamado, assim como os demais subsequentes, e determinar-se que outro seja realizado dentro dos ditames legais”¹⁶¹⁰.

Em julgado recente, o Ministro Relator, Jorge Mussi, apesar de discorrer sobre a mudança de entendimento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça no sentido de uma maior e crescente relativização dessa nulidade¹⁶¹¹, pontuou o Relator a presença de algumas peculiaridades que autorizaram a concessão da ordem em dado caso concreto: na verdade, a peculiaridade residia no fato de que nesta mesma ação penal já houve uma decisão anterior do STJ anulando ato processual realizado em inobservância ao artigo 212, do Código de Processo Penal, quando o Tribunal era mais inclinado a considerar existir nulidade, no caso Confira-se:

Ministro Jorge Mussi: “Na hipótese em apreço, constata-se que a causídica que patrocina os interesses do paciente em juízo, por ocasião da colheita da prova oral na comarca de Igarapava, em audiência realizada aos 6.8.2009, requereu ao magistrado que presidia o ato a aplicação do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal (fl. 273), o que não foi atendido, conforme se infere da leitura das cópias dos depoimentos colhidos, acostadas às fls. 274/280. Embora não se tenha notícia de eventual sentença condenatória proferida na ação penal em tela, o que impediria o reconhecimento de prejuízo em detrimento do paciente com a utilização da prova colhida em desconformidade com o modelo legal para a formação da convicção do magistrado, as peculiaridades encontradas no caso permitem a concessão da ordem pleiteada. Isto porque, não se pode perder de vista que esta Corte Superior de Justiça, em anterior writ aqui impetrado, anulou a colheita da prova oral na mesma ação penal, porque realizada em desconformidade com o aludido dispositivo do Código de Processo Penal. Ainda que o julgamento tenha sido conduzido por fundamento jurídico diverso, reputando como absoluta da eiva reclamada, deve-se evitar que soluções díspares sejam dadas a uma mesma questão, mormente dentro de um mesmo processo. Trata-se de dar efetividade ao postulado da segurança jurídica que deve permear as soluções dadas pelos órgãos jurisdicionais pátrios, no âmbito da função de pacificadores das relações sociais. Por outro lado, invoca-se, também, o princípio da economia processual, evitando-se que a referida eiva venha a ser novamente invocada por ocasião de um eventual édito condenatório - oportunidade na qual o reconhecimento da nulidade geraria um

¹⁶¹⁰ STJ, HC 180.705/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 1606.2011, v.u. (p. 11, do acórdão). Cabe destacar que o acórdão erra ao estatuir que “a nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos” (STJ, HC 180.705/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 1606.2011, v.u.)(ementa).

¹⁶¹¹ STJ, HC 210.703/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 20.10.2011, v.u. (p. 06-07, do acórdão).

retrocesso no iter processual e o desfazimento de um marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva, gerando um maior atraso na prestação jurisdicional -, tendo em vista que a inobservância ao modelo disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal é flagrante. A hipótese em análise, aliás, é uma excelente oportunidade para alertar os magistrados brasileiros que o exercício da função jurisdicional deve ser pautada pela observância às leis vigentes no país, as quais somente podem deixar de ser aplicadas caso se entenda estarem eivadas do vício da inconstitucionalidade, por decisão fundamentada, o que não ocorreu no caso. Ante o exposto, constatada a inobservância à ordem de inquirição estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal, concede-se a ordem para anular a audiência de inquirição de testemunhas realizada aos 6.8.2009 nos autos da Ação Penal n. 109/09, da 1ª Vara da comarca de Igarapava/SP. É o voto”¹⁶¹².

Caso muitíssimo interessante, e bem recente, foi o julgamento de um *habeas corpus* que dividiu os Ministros da 6.ª Turma.

De um lado, o Ministro Relator originário, Og Fernandes, sustentou na hipótese que “à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida a possibilidade de o juiz efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, no caso, o interesse protegido é exclusivo das partes”¹⁶¹³. O Ministro Og Fernandes acrescenta, ademais, que, quanto ao prejuízo alegado, “na hipótese, em nenhum momento, o impetrante explica qual o prejuízo causado à acusação ou à defesa pelo fato de o juiz haver iniciado as perguntas às testemunhas ouvidas, até porque sustenta, o tempo todo, a tese de que se cuida de nulidade absoluta. De qualquer forma, *ad argumentandum*, impõe-se notar que me filio ao entendimento de que ‘a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523/STF’, nem ‘transforma a natureza do *error in procedendo*. Caso contrário, todos os erros, nas hipóteses de condenação, seriam sempre de cunho absoluto. E, a nulidade relativa passaria a ser mero elemento ou ornato de taxionomia teórica, sem qualquer utilidade prática.’ (HC 34.611/SC, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 8.11.2004)”¹⁶¹⁴. Por seu turno, o Ministro Sebastião Reis Júnior entendeu que “não ocorreu simplesmente uma inversão na ordem de inquirição das testemunhas. Aconteceu, sim, como bem descrito na inicial, o protagonismo da instrução por parte da Juíza do feito, que inquiriu e reinquiriu exaustivamente algumas das testemunhas de acusação, chegando, em alguns casos, a fazer oitenta perguntas, e se silenciou quanto a algumas das testemunhas de defesa. A impressão que se tem da simples leitura da ata é que

¹⁶¹² STJ, HC 210.703/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 20.10.2011, v.u. (p. 08-09, do acórdão).

¹⁶¹³ STJ, HC 212.618/RS, Ministro Relator originário: Og Fernandes; Ministro Relator para acórdão: Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 24.04.2012. (p. 11, do acórdão).

¹⁶¹⁴ STJ, HC 212.618/RS, Ministro Relator originário: Og Fernandes; Ministro Relator para acórdão: Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 24.04.2012. (p. 12, do acórdão).

a douta Juíza fez, sim, as vezes do órgão acusador, tomando toda a iniciativa de produzir as provas que viessem a demonstrar a culpa do paciente (...) Assim, entendo que houve, no caso concreto, desobediência ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, sendo que tal desrespeito foi suscitado no momento oportuno pela parte interessada, além de ter causado prejuízo a essa parte. A nulidade, mesmo relativa, deve ser reconhecida”¹⁶¹⁵.

A respeito do assunto também votou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, reconhecendo a nulidade, cujas ponderações são transcritas abaixo:

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “Sr. Presidente, acho que todos aqui sabem que sempre fiquei vencida na tese, independentemente do caso concreto, porque sempre vislumbrei na reforma que se fez em 2008 a proclamação do princípio acusatório, de maneira que não via - e não vejo - como mera irregularidade o fato do Juiz fazer em primeiro lugar as perguntas em desconformidade com o que dispõe o art. 212 do Código de Processo Penal. Porém, sempre passei a ressaltar meu entendimento, acatando o que a nossa Turma assim passou a entender. No caso concreto, como houve pelo voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior a concessão da ordem, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Vasco Della Giustina, ousou alinhar apenas que, tal como vislumbrado pelo Sr. Ministro Sebastião, parece evidente o prejuízo à defesa. Assim, ainda que sustente a nulidade de uma forma mais absoluta e que se possa tê-la como relativa, aqui, neste caso concreto, parece-me de todo comprovada a nulidade e o prejuízo que a forma de atuação da Juíza no feito trouxe à defesa. Como disse o Sr. Ministro Sebastião, não me parece razoável fazer oitenta perguntas para uma testemunha antes das partes, sendo ela da acusação e, em relação à defesa, simplesmente deixar que o defensor faça qualquer indagação. E assim também procedeu em relação à outras testemunhas da acusação. Peço vênias à V. Exa., Sr. Ministro Og Fernandes, para acompanhar a divergência”¹⁶¹⁶

Portanto, tem vigorado o entendimento no STJ de que a simples inversão da ordem de perguntas não acarreta nulidade, sendo necessário verificar se, deste fato, não houve “invasão da atividade acusatória” por parte do magistrado, conforme afirma o Ministro Sebastião Reis Júnior¹⁶¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal é firme no entendimento de que a eventual nulidade em apreço é relativa, devendo ser demonstrado o prejuízo pela parte.

No julgamento do HC 103.525/PE, a Ministra Relatora, Cármen Lúcia, afirmou que “a alegação de nulidade absoluta não encontra guarida no ordenamento jurídico. Ao

¹⁶¹⁵ STJ, HC 212.618/RS, Ministro Relator originário: Og Fernandes; Ministro Relator para acórdão: Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 24.04.2012. (p. 18-20, do acórdão).

¹⁶¹⁶ STJ, HC 212.618/RS, Ministro Relator originário: Og Fernandes; Ministro Relator para acórdão: Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 24.04.2012. (p. 22, do acórdão).

¹⁶¹⁷ Apreciando determinado caso, discorrera o Ministro: “Não obstante tenha havido uma inversão na ordem de inquirição da vítima e das testemunhas, não se vislumbra efetivo prejuízo em razão da forma como o ato foi realizado, pois inexistiu, por parte do magistrado, invasão da atividade acusatória, tendo as testemunhas de acusação e de defesa sido questionadas da mesma forma, apesar de o questionamento direcionado às testemunhas de defesa ter sido menor, em razão de estas terem afirmado que não presenciaram os fatos. Observa-se mera inversão na ordem da inquirição, não se verificando prejuízo, repita-se, o qual também não foi demonstrado na impetração” (STJ, HC 169.910/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 26.02.2013, v.u.) (p. 08, do acórdão).

contrário do que defendem os Impetrantes, cuida-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase de alegações finais, o que não ocorreu. Assim, a questão ficou preclusa, pois somente foi suscitada quando da impetração no Tribunal de Justiça de Pernambuco”¹⁶¹⁸. No ponto, acrescentou a Ministra, no que tange ao prejuízo que “o princípio do *pás de nullite sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (...) quanto à de nulidade relativa (...), pois ‘*não se declara nulidade processual por mera presunção*’ (HC 88.755, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.12.2006)”¹⁶¹⁹; portanto, frisa a Ministra, “sempre que possível”¹⁶²⁰, deve o prejuízo ser demonstrado pela parte que suscita o vício.

Neste caso, também falou o Ministro Marco Aurélio, o qual tendia a reconhecer a nulidade, pelo desatendimento da forma prevista para a prática do ato, pontuando, contudo, que, devido à preclusão ocorrida, não teria como reconhecê-la, no caso em espécie:

Ministro Marco Aurélio: “Presidente, entendo que processo é liberdade em sentido maior, é saber o que pode e o que não pode ocorrer na tramitação de certa ação. A forma prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal quanto ao interrogatório é essencial á valia do ato. O Juízo, no caso, se empolgou e, em vez de aguardar as perguntas das partes, iniciou o interrogatório com questionamentos próprios. Isso se distancia do que versado no citado artigo. Quanto ao prejuízo, está hoje certificado na sentença condenatória. Mas há um detalhe – que, a meu ver, também diz respeito à organicidade, à dinâmica do Direito – que não pode ser desconsiderado: a inobservância de uma forma estabelecida em lei, como essa alusiva ao interrogatório, encerra nulidade relativa. Não houve o insurgimento da defesa no momento próprio. Por esse motivo, indefiro a ordem”¹⁶²¹

Contudo, posteriormente, o Ministro Marco Aurélio, em julgado recente, do qual foi Relator na 1.^a Turma, entendeu **diferentemente**, que: “quanto à ordem de feitura das perguntas às testemunhas, o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não se mostra peremptório ao prever que serão formalizadas pelas partes diretamente, podendo o magistrado complementar a inquirição. O fato de este último proceder, antes da veiculação das perguntas pelas partes, a indagações não atrai o vício de procedimento capaz de levar à nulidade do processo, mesmo porque difícil seria estabelecer o prejuízo”¹⁶²².

Também a 2.^a Turma do Tribunal teve oportunidade de se manifestar a respeito, não reconhecendo a nulidade. Na oportunidade, o Ministro Relator do caso, Ricardo Lewandowski, discorrera que “o recorrente insiste na nulidade da audiência de instrução e

¹⁶¹⁸ STF, HC 103.525/PE, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.^a T., j. 03.08.2010, v.u. (p. 633, do acórdão).

¹⁶¹⁹ STF, HC 103.525/PE, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.^a T., j. 03.08.2010, v.u. (p. 633-634, do acórdão).

¹⁶²⁰ STF, HC 103.525/PE, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.^a T., j. 03.08.2010, v.u. (p. 634, do acórdão).

¹⁶²¹ STF, HC 103.525/PE, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.^a T., j. 03.08.2010, v.u. (p. 637, do acórdão).

¹⁶²² STF, HC 105.538/GO, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.^a T., j. 10.04.2012, v.u.

julgamento, em função de suposta inversão da ordem na formulação de perguntas às testemunhas, uma vez que, diversamente do que dispõe o art. 212 do Código de Processo Penal, o magistrado teria formulado perguntas em primeiro lugar, o que, no seu entender, viola os princípios do devido processo legal, do contraditório e da iniciativa do Ministério Público para a ação penal pública, além de acarretar grave constrangimento ilegal na liberdade de locomoção dos réus. (...) Não obstante os argumentos expendidos pelo recorrente, o recurso não merece prosperar. Com efeito, na hipótese dos autos, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo resultante da inversão da ordem de inquirição das testemunhas, havendo o recorrente se limitado a alegar que não *‘merece guarida a exigência de comprovação de eventual prejuízo, que se mostra, nesse ponto, presumível, confundindo-se até mesmo com o interesse recursal’*. Como se sabe, o entendimento desta Corte é o de que para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Nessa esteira, o Supremo Tribunal vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que *‘(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas’* (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). (...) Ademais, a decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita”¹⁶²³.

Segundo pensamos, a nova redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, privilegia o sistema acusatório, ao retirar o protagonismo judicial então existente na sistemática anterior. Não se tratou de um mero detalhe, mas de um mecanismo que visa a resguardar a imparcialidade do magistrado, ao reservar a atividade probatória às partes, tendo o juiz, apenas possibilidade de fazer perguntas subsidiárias. Embora pareça algo sutil, a reforma foi muito importante, e os juízes devem ter consciência disso, pois ao se reservar a atividade probatória às partes, isso fortalece o senso de responsabilidade dos envolvidos no processo. Os promotores irão mais preparados para as audiências, pois não terão um juiz ativo que lhes faça, desde logo, todo o trabalho. Igualmente por parte da defesa, a nova sistemática fortalecerá a necessidade de os advogados se prepararem melhor para o ato, pois, da mesma forma, não poderão aguardar que o juiz faça o seu trabalho.

¹⁶²³ STF, HC 110.623/DF, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 13.03.2012, v.u. (p. 08-09, do acórdão).

O sistema só ganha como a nova sistemática: ao terem que se empenhar mais, as partes, que têm melhores condições de explorar as testemunhas arroladas, contribuem para uma audiência efetivamente dialética, o que contribui para a busca da verdade; por seu turno, o juiz, que antes era um protagonista do ato e hoje ostenta um papel de figurante, o que é interessante, pois isso resguarda sua equidistância de uma e outra parte.

Apesar de toda essa importância, a reforma não obteve respaldo da jurisprudência, que continua entendendo que a mera inversão das perguntas constituiria um mero detalhe.

As nulidades dificilmente são reconhecidas, o que não é algo interessante, pois, se não há uma resposta mais incisiva por parte de nossos tribunais, os juízes se sentem à vontade para fazerem a audiência como bem entenderem.

Os Tribunais Superiores têm que se conscientizar que eles também têm uma função pedagógica: se começam a passar a mão na cabeça dos juízes, não reconhecendo nulidades quando seria necessário, nossos juízes acabam achando que podem tudo.

Já tivemos oportunidade para perguntar a um colega juiz porque não se respeitava o artigo 212, do Código de Processo Penal. O colega respondeu, simplesmente, que ele, ao começar a fazer as perguntas, tornava a audiência mais dinâmica e rápida, pois, segundo ele, as partes não sabem fazer as perguntas corretas e, de toda forma, ele entende legítimo começar a fazer as perguntas, pois a prova era para ele, não para as partes.

Sem fazer qualquer censura ao colega, cabe ressaltar que essa mentalidade discutível, sendo um dos problemas do nosso país: o sujeito se põe no direito de repreender o outro pelo não cumprimento da lei (afinal, ele é o juiz), mas ele próprio se acha no direito de não respeitá-la (ao negar aplicação a uma lei federal, ainda que de ordem processual penal), fazendo-o de forma absolutamente consciente, de acordo com o que entende mais conveniente. Caberia, nessa matéria, uma resposta mais incisiva de nossos tribunais.

A nulidade, em se tratando de inversão da ordem de perguntas, com a reforma processual de 2008, é de ordem absoluta, e não relativa, como equivocadamente pontuam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque todas as violações legais e constitucionais relacionadas à produção da prova foram alçadas à condição de prova ilícita, conforme a nova redação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, sendo que não há um prazo para se alegar o vício, que é insanável, dada sua inadmissibilidade no processo.

O prejuízo, a nosso ver, fica corporificado com a quebra do devido processo legal, bem como com o potencial comprometimento da isenção do magistrado, que, ao iniciar as perguntas, quebra o desenho acusatório desenhado para o ato. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça pontuar que esse prejuízo deve ser analisado no caso concreto, ao se apreciar a conduta do magistrado (ao insistir em perguntas tendenciosamente acusatórias),

essa análise pode, por certo, implicar certo subjetivismo, acarretando o reconhecimento da nulidade em alguns casos e em outros não. Melhor é vedar todas as inversões desse tipo.

Pouco importa que tenha havido sentença condenatória para se aferir o prejuízo.

O prejuízo em todas as nulidades processuais penais já preexiste à sentença condenatória. A condenação apenas indica que, para a defesa, no caso, ainda existe interesse no reconhecimento da nulidade. Apenas isso.

5.5.10. Oralidade.

Recentemente, decidiu a 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que há ilegalidade quando o juiz lê o depoimento da testemunha na policia e, em juízo, lhe pergunta se ela ratifica o seu teor.

Na hipótese, considerou a Ministra que “o principal problema do fato trazido a exame nem reside tanto na questão do contraditório, mas na forma como a prova ingressou nos autos”¹⁶²⁴, o que fere sua fidedignidade, já que houve uma mera ratificação do depoimento anterior, prejudicando a parte na sua linha defesa, restando impossibilitada a análise de eventual contradição entre os depoimentos. Concluiu a Relatora, portanto, “que a insurgência deve ser acolhida, até mesmo porque a Defesa, conforme consta do termo de audiência, fl. 99, insurgiu-se, de forma reiterada, em preliminar de alegações finais e de apelação”¹⁶²⁵. Também o Ministro Sebastião Reis Júnior assim concluiu, ao afirmar que “as condições para caracterizar a nulidade alegada encontram-se presentes no caso concreto. Aqui, houve não só a impugnação no momento oportuno como a demonstração, dentro do possível, do prejuízo sofrido. Em meu entender, o simples fato de a defesa ter tido a oportunidade de fazer perguntas e de tê-las feito efetivamente não é suficiente para afastar a nulidade alegada. Primeiro, porque não pode ser ela agora prejudicada pelo exercício de um direito. O fato de fazer as perguntas não impede o prejuízo alegado, já que a falta de espontaneidade do depoimento prestado, considerando que este se tratou de simples ratificação, já se concretizou”¹⁶²⁶

¹⁶²⁴ STJ, HC 183.969/ES, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 14.02.2012, v.u. (p. 14, do acórdão).

¹⁶²⁵ STJ, HC 183.969/ES, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 14.02.2012, v.u. (p. 17, do acórdão). Apesar de conceder a ordem, a Ministra Relatora pondera que essa seria a primeira oportunidade para repensar a matéria, já que o STJ sempre teve o entendimento (citas os HC 128.716/MS e o RHC 15.365/SP) em não vislumbrar ilegalidade, sobretudo porque a parte tem oportunidade de fazer perguntas à testemunha (ausência de prejuízo).

¹⁶²⁶ STJ, HC 183.969/ES, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 14.02.2012, v.u. (p. 22-23, do acórdão).

Entendemos que acerta o acórdão relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura ao inadmitir que o juiz, na tomada de seu depoimento de uma testemunha, leia o que foi dito por ela na polícia e lhe pergunta se ela ratifica o seu teor.

Trata-se, a nosso ver, mais que nulidade relativa, de um caso de nulidade absoluta, pela ilicitude da prova, dada a nova redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, que estabeleceu um conceito amplo de prova ilícita. Pouco há o que acrescentar ao que exposto pela Ministra Relatora: o prejuízo fica corporificado na ausência de contraditório efetivo e na espontaneidade do ato, sem esquecer que com essa conduta, o juiz, na verdade, ainda que indiretamente, está “judicializando” (indevidamente) um elemento produzido em sede de investigação preliminar.

5.5.11. Indeferimento na produção da prova pericial.

O Superior Tribunal de Justiça é extremamente reticente no que diz respeito ao reconhecimento da nulidade por cerceamento de defesa, consubstanciado no indeferimento da prova pericial. Discorre-se que, neste terreno, vigora o livre-convencimento motivado do magistrado, cabendo analisar, apenas, se a fundamentação esposada pelo juiz foi idônea para indeferir a produção da prova. Pouquíssimos são os casos em que o Tribunal entra no mérito da questão e analisa e reconhece a nulidade.

Entre esses poucos casos, há precedente de relatoria do Ministro Paulo Medina, tendo este assentado, em sede de Recurso Especial:

“vige, em nosso ordenamento jurídico, o princípio do livre convencimento fundamentado. Os depoimentos, quer de empregados, quer de fornecedores, testificam a crise financeira noticiada pelos documentos acostados e dão conta de alienações de bens pessoais do recorrente para saldar compromissos trabalhistas. Assim, não satisfaz a assertiva de que a perícia solicitada seria despicienda, até porque o balanço anual é uma peça contábil sintética e estática, a partir da qual não é possível avaliar a dinâmica das atividades da empresa, de modo a poder aferir a proficiência da gestão. **Narra mihi facta, dabo tibi ius.** Entendo que houve, na espécie, evidente cerceamento de defesa, do que decorre a contradição que se observa tanto na sentença de primeiro grau quanto no julgamento da apelação. Com efeito, ambos os julgadores admitiram que a ilicitude da conduta pode ser elidida em face de estado de necessidade, capaz de imprimir a inexigibilidade de conduta diversa, afastando, destarte, o dolo. Do mesmo modo, foram concordes em que tal circunstância deve ser provada documentalmente. Não obstante, o recorrente não teve oportunidade de produzir prova pericial capaz de, em análise técnica adequada, demonstrar que o não recolhimento das contribuições não é resultado da vontade consciente do réu em conduzir-se segundo o tipo penal. Do mesmo modo, não foi capaz de, por intermédio da perícia, comprovar que o inadimplemento não decorre de eventual gestão temerária ou dilapidação das rendas e do patrimônio da empresa, mas de situação diversa, para além de sua vontade consciente. É certo que a produção de diligências, prevista no artigo 499 do CPP, não implica dilação da instrução criminal. Do mesmo modo, é certo que é permitido

juntar documentos em qualquer fase do processo (arts. 231 e 400 do CPP), máxime quando necessários a satisfazer a garantia constitucional da ampla defesa. Mormente quando se agita, com tais documentos, a possibilidade de produção de prova hábil para elidir o **ius puniendi**. (...) Do exposto, verifico que o aresto recorrido, ao negar vigência aos artigos 231 e 400 do CPP, impôs ao recorrente lógica inexorável: consigna que a empresa enfrentou, no período considerado, sérias dificuldades financeiras e admite, com acerto, que tais dificuldades podem ser capazes, em certa medida, de excluir a ilicitude da conduta. Para tanto, exige que o réu disto faça prova, mas não lhe enseja fazê-lo e, afinal, porque não o fez, condena-o. O cerceamento da defesa e o prejuízo conseqüente é, assim, mais que evidente, pois o recorrente viu-se impossibilitado de fazer prova excludente do dolo, eis que da perícia poderá surgir, como alegado, causa supralegal suficiente para elidir a culpabilidade. Posto isso, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para anular o processo desde as alegações finais, com vistas à produção da prova pericial requerida, prejudicado o julgamento da Medida Cautelar, em face da perda de objeto”¹⁶²⁷.

Na maior parte dos julgados, o STJ denega a ordem, ou discorre que o assunto não é próprio para ser discutido na via estreita do *habeas corpus* tampouco no Recurso Especial, que não admite discussão probatória. O Tribunal, recentemente, mais uma vez assentou que “é entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que o deferimento de diligências é ato que se inclui na discricionariedade regrada do juiz, cabendo a ele aferir, em cada caso, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção”¹⁶²⁸. Pontuou o Ministro Relator, Og Fernandes, que todos os indeferimentos foram suficientemente motivados, sendo que uma “maior incursão a respeito da necessidade da realização de outras perícias é inviável de ser operada na via do **habeas corpus**, tanto porque aqui se veda a perquirição aprofundada de elementos probatórios, como em razão de que cabe ao Juiz de primeiro grau coligir os elementos de cognição que são indispensáveis para o conhecimento dos jurados. Consoante bem realçou a Subprocuradoria-Geral da República em seu parecer, ‘essa corte Superior de Justiça não pode substituir o Juízo natural da causa na análise e utilização devida das provas carreadas durante a instrução penal, sob pena de usurpação de competência e ofensa ao princípio e garantia constitucionais do juiz natural’”¹⁶²⁹.

¹⁶²⁷ STJ, REsp 444.146/SC, Ministro Relator Paulo Medina, 6.ª T., j. 03.06.2003, v.u. (p. 08-12, do acórdão).

¹⁶²⁸ STJ, HC 199.544/PR, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 07.06.2011, v.u. (p. 06, do acórdão). No mesmo sentido, falando em discricionariedade: STJ, HC 59.913/PR, Ministro Relator Paulo Gallotti, 6.ª T., j. 22.04.2008, v.u.; STJ, HC 28.411/PA, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 20.04.2004, v.u.

¹⁶²⁹ STJ, HC 199.544/PR, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 07.06.2011, v.u. (p. 10, do acórdão). Também assim decidiu o Ministro Jorge Mussi, da 5.ª T.urma, ao afirmar que “a realização de novas provas ou diligências requeridas pelas partes poderá ser, desde que devidamente fundamentado, indeferidas pelo Juízo da causa, por estar referido ato dentro de seu âmbito discricionário”, acrescentando, ainda, que, “aliás, conclusão em sentido contrário quanto à falta de correlação das provas requeridas com os fatos objetos da presente ação penal a fim de demonstrar a necessidade ou desnecessidade da diligência, demandaria revolvimento do material fático/probatório dos autos, inviável na sede do recurso especial - Súmula n.º 7/STJ” (STJ, AgRg no REsp 1.168.353/RS, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 04.09.2012, v.u. (p. 13-14, do acórdão)).

Já teve oportunidade de afirmar o STJ, em outro caso, que “convém ressaltar que não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de prova pericial por parte do Magistrado, tendo em vista que, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, o mesmo não está obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente convencido diante dos elementos probatórios disponíveis. Assim, não há falar em nulidade ante a ausência de laudo pericial a atestar as lesões corporais sofridas pela vítima do crime de latrocínio tentado, quando há, como no caso dos autos, outras provas, inclusive testemunhal, a sustentar a condenação”¹⁶³⁰.

Nesses casos, o STJ tem entendimento que o eventual cerceamento de defesa, pelo indeferimento de prova pericial, constitui nulidade relativa (embora não explique a razão disso), devendo ser alegada no primeiro momento para falar nos autos do processo, sob pena de preclusão¹⁶³¹. O indeferimento de realização de prova pericial configura nulidade de ordem relativa, conforme já visto no indeferimento de produção de prova testemunhal. A nulidade, portanto, deve ser alegada, a nosso ver, até o momento das alegações finais.

No que tange ao prejuízo, como se trata de um vício que diz respeito ao conteúdo do ato, deverá ser analisado o mérito da própria decisão, se a prova requerida se mostrava, ou não, pertinente ou relevante. Cabe censurar as fundamentações dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça para indeferir a produção de provas, pois nenhuma delas demonstra que, no caso concreto, haveria impertinência ou prescindibilidade na produção dessas provas. Os julgados apenas se restringem a afirmar que haveria certa margem de liberdade ao magistrado nessa apreciação (sob o argumento da discricionariedade regrada), já que haveria o livre convencimento por parte do magistrado, sendo que, quando este estiver suficientemente convencido, não seria necessário deferir a realização da prova.

A bem da verdade, o argumento esposado (de que o magistrado, uma vez já convencido, poderia indeferir pleitos probatórios da parte), se mostra um despropósito, pois é direito das partes a produção de provas, pouco importando se o magistrado já se encontra convencido desta ou daquela tese. Aliás, o pedido de produção de uma prova é para justamente trazer elementos para colocar o magistrado em dúvida quanto a um eventual entendimento prejudicial à parte.

No Supremo, entre diversos acórdãos não pronunciando a nulidade, por, em tese, inexistir prejuízo no indeferimento da nulidade, logrou-se êxito encontrar um acórdão em que houve concessão de habeas corpus, para anular a sentença condenatória, autorizando-se a reabertura da instrução, para que fosse feito exame de insanidade mental.

Na oportunidade, salientou o Ministro Celso de Mello que:

¹⁶³⁰ STJ, HC 216.574/SE, Ministra Relatora Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.ª T., j. 14.05.2013, v.u. (p. 06, do acórdão).

¹⁶³¹ STJ, HC 98.326/RS, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.09.2010, v.u.

“se existe, no âmbito da ‘persecutio criminis in iudicio’, notícia concernente à existência de elemento probatório idôneo, apto a revelar - confirmando-a, ou não - a capacidade penal do agente, torna-se essencial que o juízo processante requisite a produção, nos autos, da peça em referência, notadamente se se trata, como no caso, de laudo pericial de exame médico-psiquiátrico a que o paciente foi submetido. Negar-se ao réu a possibilidade de ter acesso a esse laudo pericial, cujas conclusões - tais possam ser - poderão atestar-lhe eventual estado de inimputabilidade penal ou de semi-imputabilidade, representa grave e indevida restrição ao legítimo exercício do direito de defesa, justificando-se, bem por isso, a conclusão a que chegou a douta Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, no qual propõe a concessão da ordem de ‘habeas corpus’. Não se pode desconhecer que o respeito ao princípio constitucional da amplitude de defesa - que tem, na instrução probatória, um dos momentos mais expressivos de sua incidência concretizadora no processo penal condenatório -, traduz um dos elementos realizadores do postulado do devido processo legal”¹⁶³²

5.5.12. Exame de corpo de delito.

O exame de corpo de delito é imprescindível nos crimes que deixam vestígios.

Contudo, esse entendimento tem sido muito relativizado.

Interessante ponderar acerca do precedente relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a qual, em acórdão muito bem fundamentado, com diversas citações doutrinárias, conclui, expondo seu entendimento pessoal, que há necessidade da perícia na arma de fogo, em crime de roubo (*não obstante, no caso, em prol da uniformização da jurisprudência do Tribunal, votasse em conformidade ao entendimento firmado pela 3.ª Seção, de que não haveria essa necessidade*). Seguem as ponderações da Ministra:

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “portanto, somente quando, por razões alheias à vontade das autoridades, for absolutamente impossível proceder-se à perícia é que se promove o exame de corpo de delito indireto, ou, na sua falta, mediante prova testemunhal. Já no tocante à perícia no instrumento do crime, inexistente previsão normativa das referidas providências supletivas, o que torna mais difícil ainda aceitar um laudo indireto ou a avaliação de lesividade da arma pelo simples (e atécnico) olhar da vítima ou de testemunhas”¹⁶³³. (...) “Assim, por entender tratar-se o emprego de arma de fogo de circunstância objetiva, em meu sentir, é imperiosa a prévia demonstração da indenidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e conseqüente elaboração do exame pericial”¹⁶³⁴. (...) “Ressalto, todavia, que a matéria foi objeto de deliberação pela Terceira Seção desta Corte, a quem compete uniformizar a jurisprudência em matéria penal, na sessão do dia 13.12.2010, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador Convocado Celso Limongi. Em tal ocasião, fiquei vencida no ponto, prevalecendo a compreensão de ser

¹⁶³² STF, HC 81.207/RJ, Ministro Relator Celso de Mello, 2.ª T., j. 28.05.2002, v.u. (p. 08-09, do acórdão).

¹⁶³³ STJ, HC 199.570/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 09, do acórdão).

¹⁶³⁴ STJ, HC 199.570/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 10, do acórdão).

prescindível a apreensão e a perícia da arma para a incidência da majorante, impondo-se a verificação, caso a caso, da existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento. Dessarte, em respeito à própria missão desta Corte Superior de Justiça de assegurar a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais, acato o entendimento firmado pela egrégia Terceira Seção, embora ressalvando meu ponto de vista”¹⁶³⁵.

Também nos crimes de drogas, em imputação, por exemplo, de tráfico, o Tribunal entende desnecessária a apreensão e a perícia na droga. Contudo, cabe ressaltar que, quando se trata de rompimento de obstáculo no crime de furto, de certa forma - contraditoriamente ao precedente anterior (no qual se entende desnecessária a perícia) - tem o Superior Tribunal de Justiça reputado ser ela necessária¹⁶³⁶. Ora, afinal, ou se segue uma linha de entendimento em todos os casos, ou não. O que não pode é em determinados casos entender imprescindível a perícia e em outros, quase que idênticos na causa (o fato também deixa vestígios) considerar desnecessária a perícia.

5.5.13. Interrogatório

5.5.13.1. Direito de ser ouvido na cidade onde reside – carta precatória.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o acusado pode ser interrogado mediante carta precatória, conforme decisão exarada pela sua 3.^a Seção, discorrendo que a expedição da precatória deve ser fundamentada pelo magistrado deprecante, pois: “com a introdução do princípio da identidade física do Juiz no processo penal pela Lei 11.719/08 (art. 399, § 2o. do CPP), o Magistrado que presidir os atos instrutórios, agora condensados em audiência una, deverá proferir a sentença, descabendo, em regra, que o interrogatório do acusado, visto expressamente como autêntico meio de defesa e deslocado para o final da colheita da prova, seja realizado por meio de carta precatória, mormente no caso de réu preso, que, em princípio, deverá ser conduzido pelo Poder Público (art. 399, § 1o. do CPP); todavia, não está eliminada essa forma de cooperação entre os Juízos, conforme recomendarem as dificuldades e as peculiaridades do caso concreto, devendo, em todo o caso, o Juiz justificar a opção por essa forma de realização do ato. 2. A adoção do princípio da identidade física do Juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na

¹⁶³⁵ STJ, HC 199.570/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 10, do acórdão). Esse mesmo entendimento (desnecessidade de apreensão e perícia na arma de fogo) foi reproduzido nos julgamentos dos seguintes casos: STJ, HC 141.587/SP, Ministro Relator Og Fernandes, 6.^a T., j. 16.12.2010, v.u.

¹⁶³⁶ STJ, HC 207.588/DF, Ministro Relator Og Fernandes, 6.^a T., j. 23.08.2011, v.u.

realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei”¹⁶³⁷

O STF vem se manifestando pelo direito de a pessoa ser interrogada na Comarca onde reside, mediante Carta Precatória. Em caso singular, o Supremo, em julgado de relatoria do Ministro Marco Aurélio, assentou que, uma vez tendo a ré alegado não dispor de recursos para diligenciar ao juízo de origem, deve ser expedida carta precatória para sua oitiva no lugar onde reside, dada a importância da defesa direta, no processo penal, sob pena de se cercear o direito de defesa¹⁶³⁸.

Na ação penal 470/MG, o Supremo pode assentar que não há qualquer ilegalidade ou vulneração ao juiz natural decorrente do fato de o Ministro Relator delegar a realização do interrogatório dos acusados a juízos de primeiro grau, mediante carta de ordem, ainda que o réu preferisse ser ouvido perante o Ministro Relator¹⁶³⁹.

O interrogatório é um meio de defesa. Como meio de defesa, consubstanciado na autodefesa do acusado, não sendo uma prova do (isto é, para o) juiz, nada mais sensato que, em querendo o acusado ser ouvido mediante carta precatória, por residir longe da comarca ou subseção onde tramita o seu processo, que o juiz defira esse pedido.

De nada vale o argumento de que isso restaria inviabilizado pelo princípio da identidade física do juiz. Aliás, é uma coisa muito interessante de se observar (um peso, duas medidas): quando a identidade física é invocada a favor do acusado, para, por exemplo, se reconhecer uma nulidade (sentença), os juízes não querem lhe conferir a força legal; porém, se for para prejudicar o réu, para impedir que ele seja interrogado mediante precatória, os juízes querem tornar a identidade física um princípio absoluto.

¹⁶³⁷ STJ, CC 99.023/PR, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 3.ª S., j. 10.06.2009, v.u. (ementa). A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, apesar de votar com o Relator, apenas ressaltou entendimento pessoal de que: “uma visão sistemática do novo procedimento ordinário afasta a possibilidade de realização de interrogatório por meio de carta precatória. Isto porque o espírito da reforma foi o de concentração dos atos processuais de instrução, de molde a fazer com que toda a prova seja produzida em um único momento frente ao magistrado que proferirá a sentença, acolhendo-se o princípio da identidade física do juiz, em atendimento aos clamores da doutrina. (...) Não há espaço, portanto, para a oitiva por meio de carta precatória. A falta de previsão legal neste ponto não foi omissão legislativa, mas, ao contrário, uma opção consciente, em razão da própria sistemática processual adotada na reforma. (...) É verdade que há a possibilidade de que o acusado, querendo comparecer à audiência para acompanhar a produção da prova, não possa fazê-lo em razão da distância e da dificuldade - por vezes até financeiras - em se deslocar até o juízo processante, e nisso compreendo as preocupações trazidas pelo eminente Relator. Se ao Estado é transmitido o ônus pelo transporte do acusado preso, porque motivos não se faria o mesmo com o acusado solto? Do Estado é o interesse em que seja assegurada a ampla defesa, até mesmo para que o Estado Democrático de Direito se mantenha, com o devido respeito às garantias individuais” (STJ, CC 99.023/PR, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 3.ª S., j. 10.06.2009, v.u.)(p. 18-21, do acórdão)

¹⁶³⁸ STF, RHC 103.468/MS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j.20.11.2012, v.u.

¹⁶³⁹ STF, QO na APN 470/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 06.12.2007, v.u.

Sendo um meio de defesa, não podendo ou não querendo o acusado ser ouvido na comarca (subseção) do processo ao qual responde, dada a distância em relação ao lugar onde reside, deve-se garantir o direito de ser ouvido por carta precatória.

Sendo o interrogatório (meio de defesa) um ato que também pode ser enquadrado como instrutório, já que fornece elementos de prova, não há que se falar em nulidade, por vício de incompetência (infringência à identidade física do juiz), já que a incompetência anula somente os atos decisórios, e não os instrutórios, conforme dispõe o artigo 567, do Código de Processo Penal. Recusando-se o magistrado a expedir a carta precatória, conforme requerido pelo acusado, de modo a causar um constrangimento ao acusado, deve ser reconhecida a nulidade do ato. A nulidade será de ordem relativa, devendo ser alegada até a fase das alegações finais (memoriais finais). O prejuízo é manifesto. Não precisa ser comprovado.

5.5.13.2. Direito de entrevista reservada entre advogado e acusado.

Em julgado relatado pela Ministra Laurita Vaz, o STJ entendeu não existir efetivo prejuízo, na não entrevista do acusado com o defensor, pois o réu, além de negar a autoria delitiva em seu interrogatório, recusou a oportunidade concedida pelo juízo de primeiro grau de ser novamente interrogado, discorrendo não ter interesse¹⁶⁴⁰.

O Supremo Tribunal Federal tem sido muito reticente quanto reconhecimento da nulidade nos casos em que não se oportunizou a entrevista prévia entre defensor e acusado antes do interrogatório. Em julgado relatado pela Ministra Cármen Lúcia, restou consignado que a referida nulidade seria de ordem relativa, sujeita à preclusão, devendo o prejuízo (concreto) ser comprovado, salvo impossibilidade, o que vale tanto para as nulidades absolutas quanto relativas¹⁶⁴¹.

Poucos foram os casos em que a nulidade foi reconhecida.

A respeito, cita-se precedente de relatoria do Ministro Cezar Peluso, proferido para um ato de interrogatório praticado antes da reforma legislativa operada pela Lei n. 10.792/2003, reconhecendo a nulidade¹⁶⁴².

Na verdade, a ausência de entrevista prévia foi apenas uma das ilegalidades praticadas contra o acusado, pois o réu foi interrogado logo no dia seguinte daquele em que foi citado; sendo assim, não teve tempo de constituir advogado, sendo-lhe nomeada defensora dativa, que, na defesa prévia, não arrolou testemunhas, justamente devido ao fato

¹⁶⁴⁰ STJ, RHC 20.447/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 23.08.2007, v.u.

¹⁶⁴¹ STF, HC 100.867/MG, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 14.12.2010, v.u.

¹⁶⁴² STF, HC 84.373/BA, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.ª T., j. 02.09.2009, v.u.

de não ter podido se entrevistar reservadamente com o acusado. Diante do exposto, o Tribunal concedeu a ordem, para anular o processo desde o interrogatório.

A nulidade consubstanciada na falta de entrevista reservada entre defensor e o seu advogado, antes do interrogatório, é causa de nulidade absoluta, e não relativa, como, erroneamente, pontuam os julgados dos Tribunais Superiores.

Nesse caso, trata-se de vulneração da ampla defesa, corporificada no artigo 564, III, alínea c, do Código de Processo Penal que, por influxo direto constitucional, ganha outros sentidos, além da literalidade de seu texto.

Cabe ressaltar, contudo, que o juízo deve estar muito atento na análise da sua ocorrência. Afinal, um acusado que já tem advogado constituído há muito tempo, desde o início do processo, e que se mostra sempre ativo e atuante nas audiências, mostra-se uma situação diferente daquele que não tem advogado e lhe é nomeado um dativo para o ato.

Obviamente, no primeiro caso, ainda que não seja conferida a entrevista reservada entre advogado e réu, não é crível a tese de que possa ter havido algum prejuízo.

Já no segundo caso, por óbvio, haja vista que o contato entre acusado e defensor, não raro, só se dá naquele momento, essa entrevista prévia é muito importante: de modo que não observada, fica mais que certificado o prejuízo.

As situações concretas vão ter que ser bem analisadas, portanto.

5.5.13.3. Interrogatório: necessidade de defensor na prática do ato.

O STJ entende que anteriormente à Lei n. 10.792/2003, não há qualquer nulidade no interrogatório realizado sem a presença do defensor do acusado, por se tratar de ato personalíssimo, entre juiz e réu¹⁶⁴³. Após a reforma legal de 2003, houve a previsão quanto à obrigatoriedade de o advogado acompanhar o ato, podendo, inclusive, fazer reperguntas. Com isso, após dezembro de 2003, passou o Tribunal a reconhecer a nulidade nesses casos.

No julgamento do HC 43.413/MS, disse o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima que, anteriormente à reforma legislativa, entendia que haveria nulidade de ordem relativa, sendo que, com a mudança legal, o mesmo entendimento deveria ser mantido, pois, a seu ver, “não há como negar que, após a vigência da Lei 10.792/2003, a ausência de defensor constituído ou nomeado durante o interrogatório do réu – segunda parte da alínea e do inc. III do art. 564 do CPP, tendo em vista que eventuais irregularidades na citação para ver-se processar (1ª parte) e nos prazos concedidos à acusação e à defesa (3ª parte) são nulidades

¹⁶⁴³ STJ, HC 90.331/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.04.2009, v.u.; STJ, HC 81.199/AM, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 27.03.2008, v.u.; STJ, HC 43.413/MS, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 13.09.2005, v.u.

absolutas – continua a configurar nulidade relativa, que se considerará sanada se não for argüida, em tempo oportuno, ou seja, no prazo para as alegações finais, por força da preclusão, de acordo com o disposto no art. 571 do Código de Processo Penal”¹⁶⁴⁴; cabe destacar que, apesar de entender relativa a nulidade, o Ministro Relator, ainda assim, nesses casos, presumiu o prejuízo, pois, segundo sustenta: o “prejuízo é legalmente presumido, dispensando concreta demonstração, inclusive para justificar a alteração promovida pela Lei 10.792/2003, que entendeu não ser suficiente a autodefesa”¹⁶⁴⁵.

Desde a reforma operada pela Lei n. 10.792/2003, foi prevista a obrigatoriedade de o defensor acompanhar o ato de interrogatório do acusado, podendo, inclusive, formular perguntas ao final. Desde então, a jurisprudência maciça veio reconhecendo a nulidade de interrogatórios realizados sem a presença do defensor.

No Supremo, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento do RHC 87.172, afirmou que a nulidade seria de ordem absoluta, sem explicar ao certo, contudo, porque chegara a essa conclusão. Assentara que, no caso, a defesa restara comprometida, sendo o prejuízo manifesto, “pois a paciente foi condenada por sentença que, para a condenação, se valeu de trechos do seu próprio interrogatório, a título de ‘*ratio decidendi*’”¹⁶⁴⁶

Importante decisão sobre a matéria foi a proferida pelo Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário 459.518/RS. Nesta oportunidade, o Supremo firmou entendimento de que - antes mesmo da reforma operada pela Lei n. 10.792/2003, que previu a necessidade, ou melhor, obrigatoriedade, de o defensor acompanhar o ato do interrogatório – já havia a necessidade de o defensor estar presente, ainda que, à época, não pudesse participar do ato, fazendo perguntas. Como bem disse o Ministro Marco Aurélio, “houve a explicitação de algo que já decorria do próprio sistema legal”¹⁶⁴⁷, tendo o Supremo reconhecido a nulidade do processo, desde o interrogatório, para interrogatório

¹⁶⁴⁴ STJ, HC 43.413/MS, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 13.09.2005, v.u. (p. 05, do acórdão).

¹⁶⁴⁵ STJ, HC 43.413/MS, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 13.09.2005, v.u. (p. 06, do acórdão). Explica o Ministro: “portanto, argüida a nulidade relativa no prazo legal, em circunstância em que o prejuízo é presumido por força da própria finalidade da norma de regência – tendo em vista que, como disse anteriormente, essa alteração no Código de Processo Penal teve por objetivo dar maior ênfase ao princípio constitucional da ampla defesa, tornando obrigatória a presença do defensor no interrogatório, impossibilitando o juiz de realizar o referido ato processual sem que o réu esteja acompanhado de sua defesa técnica, cuja atuação, que, anteriormente, tinha início com a intimação do defensor para a defesa prévia (CPP, art. 395), passou a ser assegurada antes mesmo da realização do interrogatório, por meio da possibilidade de entrevista reservada do acusado com seu defensor (CPP, art. 185, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003), e depois quando “o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante” (CPP, art. 188, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003) –, caracterizado restou o constrangimento ilegal imposto ao paciente. Pelo exposto, concedo a ordem impetrada, para declarar a nulidade do interrogatório judicial do paciente, realizado no dia 24/3/2004 (fl. 24), e de todos os atos processuais subsequentes” (p. 06-07, do acórdão).

¹⁶⁴⁶ STF, RHC 87.172/GO, Ministro Relator Cezar Peluso, 1.ª T., j. 15.12.2005, v.u.

¹⁶⁴⁷ STF, RE 459.518/RS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1ª T., j. 23.10.2007, v.u. (p. 1079, do acórdão).

judicial realizado sem a presença de advogado, ainda que antes de 2003. Referida decisão, portanto, sepultou o entendimento anteriormente pacificado no Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na seguinte ementa: “Ação Penal. Ato processual. Interrogatório. Realização antes do início de vigência da Lei nº 10.792/2003, que deu nova redação aos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal. Comparecimento da ré, sem a presença de defensor. Nulidade inexistente. Irretroatividade das normas processuais. HC indeferido. Aplicação do art. 2º do CPP. A lei processual que dá nova disciplina ao interrogatório não se aplica ao que tenha sido realizado antes do início de sua vigência”¹⁶⁴⁸.

5.5.13.4. Interrogatório e corréus.

O Superior Tribunal de Justiça sempre julgou com muita imprecisão se o advogado do corréu poderia intervir no interrogatório do acusado.

Pois bem, até há pouco tempo, sempre houve orientações nos dois sentidos, reconhecendo-se a nulidade de interrogatório no qual não pode participar a defesa de correu, bem como não a reconhecendo.

Nesse último sentido, cita-se caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, no qual se decidiu: “em que pese a alteração do art. 188, do Código de Processo Penal, não existe amparo legal para a participação de advogado do co-réu, com a finalidade de formular questionamentos ao outro corréu interrogado. (...) No caso, de todo modo, não há que se falar em qualquer cerceamento à defesa do Paciente ou ofensa ao contraditório na ação penal. Afinal, mesmo diante da efetiva delação de corréu, existe a possibilidade de realizar diligências no sentido de contradizer as alegações prestadas, nos termos da nova redação do art. 402 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei n.º 11.719/2008, e de infirmar qualquer dos depoimentos antes da prolação da sentença, nas alegações finais. Assim, qualquer alegação do corréu que porventura incrimine o ora Paciente poderá ser reprochada em momento oportuno, pois a Defesa dela tomará conhecimento antes do encerramento da instrução”¹⁶⁴⁹

Entretanto, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça veio assentar o entendimento de que o advogado do corréu pode participar do interrogatório de outro acusado, sendo que, uma vez querendo, pode formular reperguntas¹⁶⁵⁰. A esse respeito, são bem relevantes as ponderações exaradas pelo Ministro Jorge Mussi, em julgado de sua

¹⁶⁴⁸ STF, HC 83.836/RS, Ministro Relator Cezar Peluso, 1.ª T., j. 29/03/2005. Cabe destacar que vencido ficara o Ministro Marco Aurélio, que entendia necessária ao menos a presença do defensor do acusado ao ato.

¹⁶⁴⁹ STJ, HC 90.331/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 14.04.2009, v.u. (p. 05-06, do acórdão).

¹⁶⁵⁰ STJ, HC 198.668/SC, HC 198.668/SC, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 04.09.2012, v.u.

relatoria, no qual discorre, ao reconhecer a nulidade do interrogatório sem que fosse oportunizada à defesa do correu participar do referido ato:

Ministro Jorge Mussi: “uma leitura de todos os dispositivos que disciplinam o interrogatório não permitem a conclusão de que a defesa do correu não tem o direito de questionar o outro que está sendo interrogado, ainda que este não possa ser considerado testemunha, conforme consignado no precedente citado. Com efeito, o legislador ordinário apenas prevê, nas hipóteses de pluralidade de réus no pólo passivo, que estes serão interrogados separadamente (artigo 191 do Código de Processo Penal), fato que, por si só, não permite concluir que a inquirição complementar seja feita apenas pelo seu defensor e pelo órgão acusatório, sob pena de ofensa ao contraditório e à paridade de armas que deve prevalecer no processo penal. Imagine-se, em situações como a encontrada na hipótese em apreço, que a tese defensiva sustentada por um dos réus inclua a imputação dos fatos a outro, tencionado eximir-se da responsabilidade penal que lhe é atribuída. Para que tais declarações possam ser validamente sopesadas pelo julgador, mister que se tenha dado a oportunidade do contraditório a todos os interessados, sob pena de se ter inculcado no processo um meio de prova produzido ao arrepio de garantias constitucionais, tornando-o irremediavelmente nulo. Por outro lado, não há no Código de Processo Penal nenhum comando proibitivo à participação do defensor do correu no ato do interrogatório, estabelecendo o seu artigo 188, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03, que "Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante ", razão pela qual não é dado ao intérprete restringir esse direito, que tem assento em princípios constitucionais”¹⁶⁵¹.

Nesse mesmo sentido também tem entendido a 6.^a Turma do STJ, valendo transcrever as ponderações da Ministra Maria Thereza de Assis Moura ao asseverar que “o devido processo legal, generosa cláusula constitucional, congrega feixe de garantias que assegura, materialmente, o justo processo. De tal ideia força deflui, acredito, o fundamento para se estabelecer a franca possibilidade da participação do advogado em interrogatório de réu diverso daquele que defende. Por mais que o interrogatório não seja meio de prova, ele contribui para a formação da convicção do juiz. Não sendo este um mero expectador de pedra, ele se sensibiliza pelo evolver processual, cuja qualidade se eleva à medida em que todos os atores envolvidos possam contribuir para o melhor desfecho do feito. Ora, as informações carreadas aos autos, em razão da arguição de um dos acusados, podem, mesmo que de maneira reflexa, repercutir em eventual desate condenatório, tanto dele, como dos demais. Portanto, como precaução para a prolação de provimento judicial timbrado pela paridade de armas, pelo contraditório e pela ampla defesa, é providência das mais salutares admitir-se a participação em foco. Note-se que o art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 10.792/2003, determina ao juiz que, após o

¹⁶⁵¹ STJ, HC 198.668/SC, HC 198.668/SC, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.^a T., j. 04.09.2012, v.u. (p. 07-08, do acórdão). Cabe ressaltar que o Ministro Relator ressaltou que, ante o direito ao silêncio, o acusado não pode ser compelido a responder às perguntas do defensor do correu, não tendo obrigação de produzir prova contra si mesmo.

interrogatório, indague das partes se restou algum ponto para esclarecido, formulando a perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Desta forma, deve-se conferir ao termo partes o devido conteúdo a fim de abranger não apenas acusador e réu, mas acusadores (Ministério Público, querelante e assistente de acusação) e acusado(s) (réu e eventuais corréus)¹⁶⁵². Em outra oportunidade, no julgamento de causa para a qual proferiu voto que se sagrou vencedor, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura apontou ser caso de nulidade de ordem absoluta:

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “o presente *writ* envolve a alegação de constrangimento ilegal decorrente da vedação da possibilidade de a defesa de co-réu delatado participar na colheita do interrogatório do co-réu delator. Dúvidas não há acerca da natureza do interrogatório, momento máximo da auto-defesa, por meio do qual, de maneira mediata, também é possível colher-se elemento de prova, verbi gratia, a confissão. E é justamente nesta vertente do interrogatório que reside a solução para o presente caso. A fim de preservar a indenidade do processo, é preciso não confundir as duas perspectivas do interrogatório. Como se trata de oportunidade para a colheita de elementos de cognição acerca do *meritum causae*, é necessário distinguir, de um lado, a atuação do interrogando que simplesmente se defende (preservando-se) e, de outro, a conduta daquele que, ao falar, incrimina co-réu. Neste último caso, o comportamento deste imputado, naturalmente, gera desequilíbrio de forças. Além do órgão acusador, passa o acusado delatado a contar - de inopino - com um novo opositor. Em tais circunstâncias, cumpre assegurar, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa, a possibilidade de se influir na produção daqueles elementos que provavelmente militarão em seu desfavor¹⁶⁵³ (...) **“No meu sentir a nulidade é daquelas de cariz absoluto, visto que, servindo-se o juiz da delação para o fim de condenar o co-réu, impossibilitado de apresentar reperguntas, será evidente e insofismável o prejuízo para a dialética processual, condição sine qua non para a escoreita produção da prova. Golpeado de morte restará, pois, o contraditório. Ante o exposto, concedo a ordem para anular, em relação ao paciente, a ação penal n. 2006.03779535, promovida perante a Comarca de Acreúna/GO, a partir do interrogatório, inclusive, reconhecendo-se o excesso de prazo e, via de consequência, deferindo-lhe liberdade provisória”¹⁶⁵⁴.**

¹⁶⁵² STJ, HC 112.993/ES, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 16.03.2010, v.u. (p. 16-17, do acórdão). No ponto, foi interessante a solução conferida pela Relatora, acolhida pelo Tribunal, ao dispor: “Desta maneira, penso, em prestígio ao fair trial, é de se acolher a pretensão de reconhecimento da irregularidade nos interrogatórios. Pois bem, deve-se, neste passo, precisar os efeitos da concessão da ordem, tendo em conta a reforma empreendida pela Lei 11.719/08. Os interrogatórios, como colhidos, não se mostram inválidos, mas, tão apenas incompletos. Vê-se, do termo impugnado, que o juiz de primeiro grau acolheu pretensão ministerial que, no caso, representou uma diretriz genérica, não atribuível a tal ou qual acusado. Desta maneira, acredito que se deve anular a sentença, convertendo o julgamento em diligência, a fim de intimar os defensores para manifestarem eventual interesse na arguição dos réus que não defendem, designando-se data para a complementação dos interrogatórios. Após, deve-se retomar a marcha processual, a partir do disposto no art. 402 do Código de Processo Penal” (p. 17, do acórdão).

¹⁶⁵³ STJ, HC 83.875/GO, Ministro Relator originário: Paulo Gallotti; Ministra Relatora para acórdão: Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 25.03.2008. (p. 10, do acórdão)

¹⁶⁵⁴ STJ, HC 83.875/GO, Ministro Relator originário: Paulo Gallotti; Ministra Relatora para acórdão: Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 25.03.2008. (p. 13-14, do acórdão)(destacamos). Concordando com a Ministra Maria Thereza de Assis Moura foi o entendimento do Ministro Nilson Naves, o qual, a respeito do assunto, faz as seguintes ponderações: “Seria o ato – o do indeferimento – nulo ou anulável? Os impetrantes

O Supremo Tribunal Federal, em seguidos pronunciamentos, tem entendido que é direito do acusado participar do interrogatório de corréu.

Nesse sentido, a defesa deve ser intimada para o ato, de forma que “a ausência de intimação da defesa para o interrogatório de litisconsorte passivo traduz, na linha de entendimento desta Corte, constrangimento ilegal sanável em *habeas corpus*, por violar o direito da defesa de formular reperguntas aos corréus”¹⁶⁵⁵.

Em precedentes anteriores sobre o tema, o Supremo já havia assentado que incumbe ao Judiciário garantir os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, entre eles a ampla defesa, o contraditório, a igualdade de partes e a garantia da imparcialidade do juízo processante, o que alberga o direito consistente na “possibilidade jurídica **de um** dos litisconsortes penais passivos, **invocando** a garantia do ‘*due process of law*’, **ver assegurado** o seu direito de formular **reperguntas** aos **corréus**, **quando** do respectivo interrogatório judicial”¹⁶⁵⁶. No julgamento da APN 470/MG, o assunto já havia sido pacificado, sendo garantido o direito de a defesa de um corréu fazer reperguntas no interrogatório de outro¹⁶⁵⁷.

Esse direito de o advogado de um dos acusados fazer perguntas ao corréu na ação penal em trâmite fica ainda mais justificado quando há efetivamente uma “delação”¹⁶⁵⁸, sendo que, nesses casos, de acusação de um acusado por outro, ainda que a delação ocorra em outra ação penal, essa pessoa (“correu” acusador) pode ser arrolada para ser ouvida como informante. A esse respeito, muito profícua é diferenciação que o Supremo Tribunal Federal faz entre a testemunha, o simples coacusado e o correu delator. O coacusado, ainda que não o seja na mesma ação penal, jamais pode ser ouvido como testemunha, pois, evidentemente, não tem comprometimento com a verdade, já que pode mentir para não se

do HC-42.780, já que sem êxito no Superior Tribunal, foram ao Supremo Tribunal, e lá ficou estatuído o seguinte: “Defesa: ausência de oportunidade para a Defesa se manifestar sobre o interrogatório de co-réu, no qual fora delatado o paciente: nulidade que, se ocorresse, seria relativa, sanada à falta de argüição oportuna” (HC-91.292, Ministro Pertence, DJ de 24.8.07). Mas o meu entendimento é diferente: se irregularidade há, tal gera nulidade, havendo nulidade, tal não é sanável, porque, a meu juízo, trata-se de nulidade absoluta – não é caso de deficiência, e sim de ausência de defesa; não é caso em que somente se anula ato judicial se houver prova de prejuízo, e sim caso de influência na apuração da verdade substancial. Enfim, porque se atenta contra a ampla defesa, também contra o contraditório, a nulidade é daquelas ditas de pleno direito (pleno iure) ou absoluta. De mais a mais, a nulidade, no caso presente, foi oportunamente argüida: perante o Juiz do processo, bem como no Tribunal de Justiça. Em conclusão, peço vênua ao Relator, bem como à Desembargadora convocada, para colocar-me em conformidade com a Ministra Maria Thereza” (HC 83.875/GO, Ministro Relator originário: Paulo Gallotti; Ministra Relatora para acórdão: Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 25.03.2008)(p. 17-18, do acórdão).

¹⁶⁵⁵ STF, HC 93.607/SP, Ministro Relator Eros Grau, 2.ª T., j. 04.05.2010.

¹⁶⁵⁶ STF, HC 94.601/CE, Ministro Relator Celso de Mello, 2.ª T., j. 04.08.2009, v.u. (p. 249, do acórdão)

¹⁶⁵⁷ STF, Ag Rg na APN 470/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 06.12.2007.

¹⁶⁵⁸ Embora, no ponto, seja importante destacar que, em uma mesma ação penal, o direito de o advogado de um acusado reperguntar o corréu independa de ter havido, ou não, delação.

incriminar¹⁶⁵⁹; aliás, o corréu, ou coacusado, sequer pode ser ouvido como informante, segundo o entendimento do STF¹⁶⁶⁰. Se acusar outro correu, contudo, importa aqui fazer uma diferenciação, pois a sua oitiva pode ser requerida, na condição de informante.

Sendo assim, ainda que alguém não tenha sido denunciado em uma ação que corra em determinado procedimento (por exemplo, de ação penal originária), ainda assim essa pessoa, uma vez sendo delatora em outro feito (ação penal de primeiro grau), pode sim ser ouvida na condição de informante no processo-crime do sujeito delatado¹⁶⁶¹.

5.5.13.5. Interrogatório realizado muito próximo à citação.

Apesar de o exposto se referir a procedimento revogado com a reforma de 2008, ainda hoje há julgados interessantes que tratam da alegação de nulidade consubstanciada na realização de interrogatório em data muito próxima à citação.

É tradicional a jurisprudência considerar que não há nulidade da realização do interrogatório no mesmo dia da citação¹⁶⁶². Já se considerou que não haveria nulidade da realização do interrogatório no mesmo dia, por não haver previsão de prazo legal mínimo¹⁶⁶³; no caso, não foi reconhecida a nulidade, pois houve entrevista pessoal, sendo que, posteriormente, foi o acusado novamente interrogado, apresentando a mesma versão para os fatos¹⁶⁶⁴. Em outro caso, não se pronunciou a nulidade de interrogatório no mesmo dia da citação, se houvesse entrevista pessoal do réu com defensor público; ademais, ficou assentado que a nulidade seria relativa, restando afirmado que no caso, seria ônus da defesa

¹⁶⁵⁹ Entende-se que esse direito não é absoluto, não podendo respaldar a falsa imputação de crime a outra pessoa, já que o direito de defesa do sujeito não pode chegar ao ponto de colocar em risco o direito à liberdade do outro. O direito à não autoincriminação apenas abrange o direito ao silêncio.

¹⁶⁶⁰ STF, Ag Reg na APN 470/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 18.06.2009, v.u.

¹⁶⁶¹ Nesse sentido, decidiu o Supremo: STF, QO na APN 470/MG, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Pleno, j. 23.10.2008.

¹⁶⁶² Há julgados mais antigos nesse sentido, como, por exemplo: STJ, HC 12.560/SP, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 03.08.2000, v.u.; STJ, HC 23.451/SP, Ministro Relator Jorge Scartezini, 5.ª T., j. 25.03.2003, v.u.

¹⁶⁶³ STJ, HC 144.067/RJ, Ministro Relator Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), 6.ª T., j. 15.02.2011, v.u. (p. 05, do acórdão). Também não reconhecendo a nulidade, elencando o argumento de que não haveria previsão de prazo entre a citação e o interrogatório: STJ, AgRg no REsp 1.094.850/RS, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 02.06.2009, v.u.; STJ, REsp 1.112.980/RS, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 18.08.2009, v.u. É só interessante apontar que, neste último caso citado (REsp 1.112.980/RS), os Ministros pontuaram, no acórdão, que não poderia ser valorado o prejuízo (ofensa à ampla defesa), em sede de Recurso Especial, sob pena de efetuar uma indevida incursão no contexto fático-probatória, que é vedada em Recurso Especial (Súmula 7/ STJ). Não obstante isso, cabe destacar que os Ministros deram provimento ao recurso ministerial, afirmando que, no caso, não houve prejuízo. Ora, pergunta-se: a afirmação de que, no caso, não houve prejuízo, também não implica, por acaso, análise fático-probatória?

¹⁶⁶⁴ STJ, HC 144.067/RJ, Ministro Relator Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), 6.ª T., j. 15.02.2011, v.u. (p. 07, do acórdão).

demonstrar prejuízo efetivo¹⁶⁶⁵. No julgamento do HC 231.112/SP, aos 17.05.2012, o Superior Tribunal de Justiça também considerou que a citação realizada no mesmo dia do interrogatório do acusado não seria causa de nulidade; na oportunidade, os Ministros reafirmaram que cabia à defesa fazer prova do prejuízo sofrido, para que a nulidade fosse reconhecida, sendo que, no acórdão, não se entrou no mérito acerca de qual tipo seria a nulidade. Assim ponderou o Ministro Relator: “esta Corte Superior possui entendimento e que o fato de o réu ter sido citado no mesmo dia de seu interrogatório não enseja a nulidade do processo, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo pela defesa”¹⁶⁶⁶.

Na época em que vigia a lei anterior, a tendência no Supremo Tribunal Federal era não reconhecer a nulidade nos casos em que a designação de interrogatória ocorria em data muito próxima à citação. Pode-se notar que os Ministros estavam divididos no assunto, de forma que ora o Supremo considerava existir nulidade, ora não.

É interessante citar o julgamento do HC 100.319/RS, em que houve divergência e muita discussão entre os Ministros. Discutia-se, na hipótese, a nulidade de interrogatório realizado na mesma data da citação. Na oportunidade, concedia a ordem o Ministro Relator originário, Marco Aurélio, afirmando que “aspectos diretamente ligados a defesa geram, em regra, nulidade absoluta”¹⁶⁶⁷, sendo, contudo, a ordem denegada, nos termos do voto vencedor proferido pelo Ministro Luiz Fux¹⁶⁶⁸.

Mais recentemente, foi reconhecida a nulidade de interrogatório realizado no dia seguinte ao da citação, tendo a matéria, novamente, dividido o colegiado. Votaram pela concessão da ordem, no sentido de ser reconhecida a nulidade, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber, enquanto votaram contrariamente Dias Toffoli e o Ministro Luiz Fux¹⁶⁶⁹.

5.5.13.6. Direito ao silêncio e interrogatório.

¹⁶⁶⁵ STJ, HC 197.391/RJ, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 16.06.2011, v.u. Nesse mesmo sentido, em caso igualmente parecido, falando que, no caso, se houvesse nulidade, seria relativa, devendo ser demonstrado o prejuízo: STJ, HC 127.462/MG, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 16.10.2010, v.u.

¹⁶⁶⁶ STJ, HC 231.112/SP, Ministro Relator Gilson Dipp, 5.ª T., j. 17.05.2012, v.u.

¹⁶⁶⁷ STF, HC 100.319/RS, Ministro Relator originário: Marco Aurélio; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 1.ª T., j. 24.05.2011. (p. 30, do acórdão).

¹⁶⁶⁸ STF, HC 100.319/RS, Ministro Relator originário: Marco Aurélio; Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux, 1.ª T., j. 24.05.2011. É interessante notar que, ao denegarem a ordem, os demais Ministros, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, pontuaram que o mérito não implicava grande dificuldade, pois se tratava da imputação de um roubo, matéria basicamente fática; ademais, no ato, o acusado estava acompanhado de advogada dativa, que, conforme advertiu o Ministro Ricardo Lewandowski, manteve-se silente quanto à alegação da simultaneidade entre citação e interrogatório, não havendo qualquer comprovação de prejuízo.

¹⁶⁶⁹ STF, HC 109.611/RS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 04.06.2013.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou ser caso de nulidade relativa a não advertência do direito ao silêncio no ato de interrogatório¹⁶⁷⁰.

Assim, vinha o STJ considerando preclusa a alegação inoportuna, quando não feita em sede de defesa prévia ou alegações finais¹⁶⁷¹.

Na verdade, os principais problemas envolvendo o direito ao silêncio comumente não ocorrem nas salas de audiência, mas sim perante outras autoridades, que não advertem esse direito ao acusado e acabam relatando o que ele falou perante a sua presença.

Não raro, algumas vezes, há casos em que a própria conversa do acusado é gravada, sem sua ciência ou autorização pelas autoridades responsáveis pela persecução ou repressão penais. A esse respeito, pretendeu-se utilizar a gravação (clandestina) de uma conversa entre o preso e o policial.

A esse respeito, pontuou o Ministro Relator, Sebastião Reis Júnior, que “apesar de ter sido formalmente consignado no auto de prisão em flagrante que o indiciado exerceu o direito de permanecer calado, não foi ele informado, por ocasião do diálogo gravado com os policiais, da existência desse direito assegurado na própria Constituição Federal. Quando afirmo ‘na própria Constituição Federal’, eu o faço para enfatizar a ofensa dos agentes de polícia a esse direito ao procederem à gravação do diálogo, quando o paciente, preso em flagrante, já se encontrava sob a custódia do Estado”¹⁶⁷². E finaliza o Ministro: “ora, se o Estado não se incumbir de concretizar um direito constitucionalmente assegurado na Lei Maior do próprio Estado, não sei quem poderá fazê-lo. Caso os policiais responsáveis pela gravação do diálogo procedessem de modo a informar ao paciente a existência desse direito, acredito que não haveria diálogo. Em razão do fato em análise, não foi suprimido do paciente apenas o direito constitucional de ser informado de seus direitos e de permanecer calado, mas também o princípio da imunidade à autoacusação”¹⁶⁷³.

¹⁶⁷⁰ STJ, HC 27.339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5.ª T., j. 02.03.2004, v.u.

¹⁶⁷¹ STJ, HC 27.339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5.ª T., j. 02.03.2004, v.u.

¹⁶⁷² STJ, HC 244.977/SC, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 25.09.2012, v.u. (p. 07-08, do acórdão).

¹⁶⁷³ STJ, HC 244.977/SC, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 25.09.2012, v.u. (p. 08, do acórdão). A solução dada na decisão foi a seguinte: “no caso em questão, está em jogo o direito do indiciado de permanecer em silêncio, na fase policial, direito que não pode ser relativizado em função do poder-dever do Estado de exercer a investigação criminal. Evidenciado que a prova coletada e constante da ação penal foi produzida em ofensa a direito constitucionalmente assegurado, deve ser considerada ilícita. (...) Em face de todo o exposto, concedo a ordem impetrada para determinar o desentranhamento da mídia que contém a gravação do diálogo ocorrido entre o paciente Bruno Siqueira de Souza e os policiais que efetuaram sua prisão dos autos da Ação Penal n. 040.12.000855-6, em trâmite na Vara Criminal da comarca de Laguna/SC” (STJ, HC 244.977/SC, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 25.09.2012, v.u.) (p. 10-13, do acórdão)

5.5.14. Alegações finais

No julgamento do HC 126.301/SP, discutiu-se a legalidade do desentranhamento das alegações finais defensivas apresentadas a destempo. Na oportunidade, o Tribunal asseverou que a peça seria obrigatória, em prol do princípio da ampla defesa e para o bem do devido processo legal, sob pena de nulidade absoluta¹⁶⁷⁴.

No julgamento do HC n. 191.619/RN, aos 14 de fevereiro de 2012, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou, pautado em precedentes do próprio Tribunal, bem como do Supremo Tribunal Federal, que “a apresentação das alegações finais é imprescindível ao término da ação penal, sendo que o não oferecimento compromete a ampla defesa e o próprio contraditório”¹⁶⁷⁵, sendo referido, outrossim, que a sua apresentação é imprescindível ao devido processo legal¹⁶⁷⁶, dando causa à nulidade absoluta¹⁶⁷⁷. Embora o referido acórdão não aborde o prejuízo, fica subentendido, pela sua leitura, que este se deduz do comprometimento da ampla defesa, do contraditório, de devido processo legal, restando o prejuízo atestado por conta da prolação de sentença condenatória¹⁶⁷⁸. No corpo do referido precedente, determinou-se a anulação do processo, a partir do momento destinado à apresentação das alegações finais, “oportunizando-se a Defesa a apresentação da peça processual e, caso assim não proceda, seja nomeado defensor dativo”¹⁶⁷⁹, sendo interessante mencionar que o Tribunal, com o reconhecimento da nulidade, desconstituiu a própria coisa julgada então formada, rechaçando o argumento do Tribunal de origem de que a nulidade não poderia ser reconhecida pelo trânsito em julgado do edito condenatório, em prol da segurança jurídica.

¹⁶⁷⁴ STJ, HC 126.301/SP, 6.ª T., Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, j. 31.05.2011, v.u.

¹⁶⁷⁵ STJ, HC 191.619/RN, 5.ª T., Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 14.02.2012, v.u. Consulte-se, a esse respeito o item 1 da ementa, bem como a p. 07 do acórdão.

¹⁶⁷⁶ Apesar de não constar expressamente no corpo do referido julgado (STJ, HC 191.619/RN, 5.ª T., Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 14.02.2012, v.u.), são colacionados precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça em que fica assentado que a apresentação de alegações finais pela defesa é imprescindível ao devido processo legal.

¹⁶⁷⁷ No corpo do acórdão, é mencionado precedente referindo-se que, no caso analisado, a nulidade seria absoluta (consulte-se a p. 08, do acórdão: STJ, HC 191.619/RN, 5.ª T., Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 14.02.2012, v.u. Na oportunidade, lembrou o Ministro Luiz Fux que “inclusive, Ministro Lewandowski, Vossa Excelência com esse acórdão resolve hoje uma questão pontual doutrinária que é a referência à lei de drogas, que prevê o interrogatório como o primeiro ato do processo. Tem havido uma discussão doutrinária sobre se não deveria ser o último ato da instrução. E é como salientou o Ministro Ayres Britto. Primeiro, o interrogatório passou por aquela modificação de ser contraditório, ou seja, o próprio advogado poder inquirir também” (STF, Ag. Reg. na APN 528/DF, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 24.03.2011, v.u.)(p. 10-11, do acórdão).

¹⁶⁷⁸ A esse respeito, é colacionado, no referido acórdão (STJ, HC 191.619/RN, 5.ª T., Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 14.02.2012, v.u.), precedente mencionando que o prejuízo se mostra evidente, por conta da superveniente prolação de sentença penal condenatória.

¹⁶⁷⁹ STJ, HC 191.619/RN, 5.ª T., Ministra Relatora Laurita Vaz, j. 14.02.2012, v.u. Consulte-se a p. 10 do acórdão.

No julgamento do RHC 24.541/MG, aos 11.11.2008, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a mera limitação da defesa a requerer diligência, sem apresentar alegações finais defensivas, implica ausência de defesa, a macular o feito de nulidade absoluta, consoante a súmula 523, do Supremo Tribunal Federal, já que as alegações finais seriam essenciais “para o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal” (ementa)¹⁶⁸⁰.

No julgamento do HC 166.557/SP, aos 13.03.2012, o Tribunal concedeu a ordem ao entender que houve oferecimento de alegações finais defensivas substancialmente vazias de conteúdo defensivo, havendo ofensa à ampla defesa e ao contraditório, corolários do devido processo legal, restando o prejuízo evidenciado pela ausência de defesa (o acórdão não trata qual o tipo de nulidade)¹⁶⁸¹

No julgamento do HC 130.941/RJ, aos 20.09.2012, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o oferecimento de alegações finais com conteúdo genérico ofendia a ampla defesa e, por via reflexa, a paridade de armas e o contraditório, reconhecendo a nulidade (neste caso, não se entrou no mérito de qual seria o tipo de nulidade)¹⁶⁸².

Como regra, o momento para a apresentação das alegações finais deve ser o último ato do processo, uma vez finalizada toda a instrução criminal¹⁶⁸³. Em que pese o exposto, há casos em que, após a apresentação das alegações finais, é juntado aos autos um documento ou a documentação de uma prova, como ocorre em que ocorre a juntada a destempo de precatória com oitiva de alguma testemunha. Isso ocorreu em precedente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em que se discutia a suposta nulidade da juntada tardia do depoimento da vítima (carta precatória), isto é, após a apresentação das alegações finais, tendo-se em vista que essa prova foi utilizada na sentença para condenar o acusado. Na espécie, concluiu a Relatora que não haveria qualquer nulidade, tendo exposto, para tanto, ao proferir decisão

¹⁶⁸⁰ STJ, RHC 24.541/MG, 6.ª T., Ministra Relatora Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), J. 11.11.2008, v.u. É só interessante pontuar que, no caso, havia alegação de ausência de defesa por conta do oferecimento de defesa prévia, sem que a defesa tivesse arrolado qualquer testemunha defensiva, da atuação desidiosa do defensor, bem como da ausência da interposição de apelação contra a sentença condenatória. O Tribunal, contudo, ao dar provimento ao recurso no que tange ao reconhecimento da nulidade devido à ausência de apresentação de alegações finais, julgou prejudicados os demais pedidos **(o que não se concorda, pois deveria ter apreciado a alegação da ausência de defesa na defesa prévia)**.

¹⁶⁸¹ STJ, HC 166.557/SP, 5.ª T., Ministro Relator Gilson Dipp, j. 13.03.2012, v.u.

¹⁶⁸² STJ, HC 130.941/RJ, 6.ª T., Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, j. 20.09.2012, v.u. Neste mesmo caso, a advogada que havia oferecido as alegações finais estava suspensa na OAB, tendo os Ministros pontuado ser isso também causa de nulidade.

¹⁶⁸³ Cabe lembrar que a defesa deve sempre falar por último, sendo imprópria a abertura de vista à acusação quando a defesa, em memorial final, alega alguma preliminar. A respeito do assunto, na doutrina, consulte-se: MOYANO, Helios Nogués & GOULART, Douglas Lima. “O direito de falar por último” *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 218, jan./2011.

de não conhecimento do *habeas corpus*¹⁶⁸⁴: “o contraditório é revelado, na clássica, acepção de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, como ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los. Nesse contexto, a princípio, o magistrado de primeiro grau descumpriu o devido processo legal, ao, podendo, não ter aberto oportunidade para que as partes pudessem conhecer e se manifestar acerca da prova acrescida aos autos, após a apresentação das alegações finais. Contudo, verifico que a condenação não se lastreou apenas no depoimento cujo teor não teria sido levado a conhecimento das partes”¹⁶⁸⁵ (...) “Nesse contexto, não se mostra apropriado determinar a anulação da sentença, diante da existência de provas outras a suportar a condenação, como o estado flagrantial do paciente, que foi surpreendido com duas folhas de cheque de titularidade e assinados pela vítima, além do depoimento do policial Ramon. Logo, não existiria prejuízo para a defesa, na justa medida em que outras provas houve a suportar a condenação, que se alicerçou em elementos bastantes para ensejar o desate condenatório. Desta forma, caso se determinasse o desentranhamento da prova acrescida, como pretendido, tal não conduziria, penso, ipso facto, ipso iure, a destino diverso da prestação jurisdicional adversada. Cabe, então, aqui, invocar a máxima: *pas nullité sans grief*”¹⁶⁸⁶

5.5.14.1. Ausência ou deficiência das alegações finais e Tribunal do Júri.

Interessante que, com relação ao Tribunal do Júri, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há obrigatoriedade na apresentação das alegações finais, uma vez que a defesa, por estratégia, pode preferir apresentar suas principais teses somente quando do momento do Plenário do Júri. Portanto, na linha desse entendimento, a sua ausência, ou

¹⁶⁸⁴ O habeas corpus não foi conhecido pelo seguinte fundamento: “De saída, percebe-se a impropriedade da via eleita. A impetrante, tomando conhecimento do insucesso de seu recurso de apelação, preferiu o emprego do habeas corpus aos recursos cabíveis, como o especial e o extraordinário, permitindo o trânsito em julgado da condenação, que se deu duas semanas após a impetração desta ordem - cf. fls. 1 e 144. É mais do que evidente que o habeas corpus não se presta ao papel de substituto de recurso especial, tendo, antes, a nobre missão de tutela do sagrado direito de liberdade. Ora, o sistema processual penal envolve uma marcha, que é dotada de recursos, que visam o aprimoramento da prestação jurisdicional. Quando deles se abre mão, tem-se uma consequência jurídica, que é, num primeiro momento, a preclusão, e, ao fim e ao cabo do procedimento, o trânsito em julgado. Por mais que, na seara criminal, haja a flexibilização do manto da indiscutibilidade e imutabilidade da sentença condenatória, tal somente ocorre em situações extraordinárias, sob pena de se colocar em xeque relevante pilar axiológico, a segurança jurídica. Não está, tout court, ao talante da parte optar entre recurso especial e habeas corpus, ou entre este e a revisão criminal. Não. Passou da hora de se resgatar o prestígio devido ao sistema recursal, inserindo as ações de impugnação no seu devido lugar. Do contrário, a morosidade que tem notabilizado a justiça criminal não terá fim e o principal prejudicado será aquele que, mais necessitado, clama pela correção de indevida segregação” (STJ, HC 164.228/MG, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 08, do acórdão).

¹⁶⁸⁵ STJ, HC 164.228/MG, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 13, do acórdão).

¹⁶⁸⁶ STJ, HC 164.228/MG, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 14, do acórdão).

deficiência, não macula o feito de qualquer nulidade. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 162.727/SP, aos 15.05.2012, decidiu que “nos processos de competência do Júri Popular, o não oferecimento de alegações finais não é causa de nulidade do feito, pois o juízo de pronúncia é provisório, não havendo antecipação do mérito da ação penal”¹⁶⁸⁷. Nesse mesmo julgado, pontuou-se que a não apresentação de alegação final poderia ser estratégia da defesa, a fim de não antecipar teses defensivas. No mesmo sentido decidiu o tribunal no julgamento do HC 145.343/SE, aos 23.10.2012, decidiu que não haveria que se falar na existência de qualquer tipo de nulidade, pois, no caso, não obstante tenha havido deficiência de defesa na apresentação das alegações finais defensivas, isso teria se dado por estratégia de defesa¹⁶⁸⁸. Neste caso, a ordem foi denegada, ficando assentado que é prescindível a apresentação de alegações finais no procedimento do Tribunal do Júri, não sendo causa de nulidade do feito¹⁶⁸⁹.

5.5.15. Sentença.

5.5.15.1. Fundamentação.

Quanto aos problemas de fundamentação, interessante falar naqueles casos de motivação *per relationem*. A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de “não se afigurar desprovido de motivação o julgamento colegiado que ratifica as razões de decidir adotadas na sentença de primeiro grau, desde que haja a sua transcrição no acórdão, utilizando-se da denominada fundamentação *per relationem*. Nesse sentido, vale destacar recentíssimos precedentes desta Corte, o segundo deles, desta relatoria inclusive: HC n.º 224538/SP, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, publicado no DJe de 20/03/2012; HC n.º 78368/RS, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2012, publicado no DJe de 20/08/2012”¹⁶⁹⁰. Nesse mesmo sentido

¹⁶⁸⁷ STJ, HC 162.727/SP, 5.ª T., Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 15.05.2012 (p.08-09 do acórdão).

¹⁶⁸⁸ STJ, HC 145.343/SE, 6.ª T., Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.10.2012, v.u.

¹⁶⁸⁹ Discorre a Ministra Relatora, à p. 12 do acórdão: “não há, portanto, nulidade absoluta, como quer a impetração, sobretudo porque trata-se de arrazoado dispensável, segundo entendimento consolidado nesta Corte, assim como ocorre também com outras manifestações, tais como defesa prévia ou contrariedade ao libelo, podendo a Defesa optar, tal qual como aqui sucede, pela apresentação da sua tese somente em plenário” (STJ, HC 145.343/SE, 6.ª T., Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.10.2012, v.u.).

¹⁶⁹⁰ STJ, HC 220.562/SP, Ministra Relatora Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), 6.ª T., j. 05.02.2013, v.u. (p. 05-06, do acórdão). Nesse caso, contudo, a ordem foi concedida, pois, no acórdão na instância inferior, os Desembargadores nem se deram “ao trabalho” de transcrever a decisão proferida na instância inferior, ao que entendeu o STJ que “a simples remissão empreendida pelo Desembargador Relator não permite aferir quais foram as razões ou fundamentos da sentença condenatória ou do parecer ministerial incorporados à sua decisão, não se podendo constatar, ainda, se satisfatoriamente rechaçadas todas as alegações formuladas pela defesa em sede de apelação. Isso porque sequer foram

decidiu a Corte Especial, em relatório exarado pela Ministra Luarita Vaz, em caso no qual foram transcritas as contrarrazões do Ministério Público, tendo a Ministra assentado:

Ministra Laurita Vaz: “vale ressaltar que, até mesmo em matéria criminal, há vários precedentes no sentido de que não constitui nulidade a adoção pelo Relator da manifestação do Ministério Público ou das razões de decidir da sentença de primeiro grau, quando, suficientemente motivados, examinam e resolvem a controvérsia. Nesse sentido, dentre inúmeros outros, os seguintes precedentes: HC 163.547/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010; HC 92.479/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 09/03/2009; HC 92.177/RS, 6.^a Turma, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES – Desembargador convocado do TJCE –, DJe de 07/12/2009; HC 138.191/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009; AgRg no REsp 1186078/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011; HC 98.282/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 16/11/2009; RHC 15.448/AM, 5.^a Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 14/06/2004; HC 27347/RJ, 6.^a Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 01/08/2005; HC 192.107/TO, 5.^a Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 17/08/2011”¹⁶⁹¹.

transcritos os trechos das mencionadas peças que pudessem indicar a motivação que estaria sendo acolhida para se negar provimento ao apelo interposto. Assim, não restaram atendidos os requisitos impostos pelas Cortes Superiores para que se admita a chamada motivação *ad relationem*, vale dizer, aquela em que o juiz não elabora uma justificação autônoma, remetendo à motivação constante de outra decisão ou parecer. Tem-se, então, que o *decisum* colegiado ora questionado não atende ao comando constitucional, porquanto não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejaram a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe” (STJ, HC 220.562/SP, Ministra Relatora Alderita Ramos de Oliveira {Desembargadora convocada do TJ/PE}, 6.^a T., j. 05.02.2013, v.u.)(p. 06-07, do acórdão).

¹⁶⁹¹ STJ, Emb. Div. no REsp 1.021.851/SP, CE, j. 28.06.2012. (p. 11-12, do acórdão). Restou vencido o entendimento proferido pelo Ministro Massami Uyeda, o qual foi exarado nos seguintes termos: “. Não se nega que, no dispositivo e na transcrição de uma sentença, se utilizem pareceres, argumentações das partes. Mas há necessidade de que, ao fazê-lo, não se limite apenas à mera cópia e à mera transcrição. Há necessidade de uma fundamentação própria do magistrado, senão iríamos também ferir visceralmente o comando constitucional do art. 93, inciso IX, que exige uma fundamentação, uma motivação. Ficaria muito cômodo adotar como razão de decidir as razões apresentadas, as alegações produzidas pelas partes. Aqui no caso, da tribuna, o eminente advogado sustentou que foram transcritas trinta páginas literalmente. (...) Então, dizer que aquela parte não contamina o julgamento, com todo o respeito à eminente Relatora e ao eminente Ministro Castro Meira, que já a acompanhou, penso que refoge à própria essência da função jurisdicional. O juiz deve motivar as suas decisões. Pode até adotar como razão de decidir pareceres, trechos, enfim, manifestações das partes. Mas deve fazê-lo fundamentadamente sob o ponto de vista pessoal. Com todo respeito, portanto, divirjo e dou provimento a esses embargos de divergência para determinar que seja anulado o aresto estadual a fim de que outro seja proferido com exame das alegações deduzidas no recurso de apelação pelo próprio magistrado” (STJ, Emb. Div. no REsp 1.021.851/SP, CE, j. 28.06.2012) (p. 14-15, do acórdão). Também a Ministra Maria Thereza de Assis Moura seguiu a divergência, tendo discorrido: “Sr. Presidente, peço vênias à eminente Ministra Laurita Vaz para acompanhar a divergência, cumprindo informar que o paradigma invocado por Sua Excelência, sob a indicação de minha relatoria, na verdade, decorreu de decisão proferida pela Quinta Turma, de que Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca. Como o acervo do Ministro foi redistribuído em razão de sua aposentadoria, coube-me a tarefa de levar a julgamento embargos de declaração opostos contra o *decisum* colacionado. De todo modo, também penso como os votos divergentes de que é possível utilizarem-se de trechos das peças ministeriais como fundamento; isso ninguém está negando. O problema é a transcrição literal como razão de decidir sem qualquer acréscimo do juízo de convicção do julgador. Na hipótese, como bem salientou o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, a questão era relevante, a ponto de serem trazidas a contexto trinta páginas de citação sem ao menos haver reflexão própria por parte do magistrado. Portanto, pedindo vênias à Ilustre Relatora, acompanho a divergência para dar

De toda forma, o Superior Tribunal de Justiça tem sido rígido em alguns casos, reconhecendo a nulidade, sobretudo nos de patente falta de motivação, por exemplo, quando o magistrado apenas transcreve, integralmente, as manifestações do juiz ou, mais grave ainda, das partes processuais. A esse respeito, ensina a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, na 6.^a Turma, que “não se pode admitir que a Corte estadual limite-se a manter a sentença de primeiro grau ‘por seus próprios fundamentos’, sendo de rigor que acrescente fundamentação que seja própria do órgão julgante. A mera repetição da decisão, além de desprezar o regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal, causa prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas a cômoda reiteração. É possível que o Tribunal a quo adote trechos da sentença como razão de decidir, desde que traga ao contexto os argumentos contrapostos nas razões e contrarrazões recursais, de tal forma a viabilizar a salutar dialeticidade, expressão da garantia do contraditório”¹⁶⁹².

Igualmente, conforme teve oportunidade de pontuar a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em outro caso - cujo voto foi vencedor - não pode o Tribunal transcrever, na íntegra, apenas uma das razões exaradas por uma das partes, sob pena de vulnerar o comando constitucional da motivação das decisões. Conforme a Ministra:

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “A posição firmada por esta Ministra, que teve aplicação no caso sob lentes, embasa-se no comando do art. 93, IX, da Constituição Federal. O dever de motivar as decisões implica necessariamente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Pode o Ministério Público, de forma cooperativa, fornecer subsídios para o Judiciário cumprir o seu dever constitucional de deliberar fundamentadamente. Todavia, não é de se admitir a construção lógica calcada em argumentos fornecidos por órgão que, inclusive, corporifica um dos polos da relação jurídico-processual. Embora concorde que o juiz possa se reportar à manifestação do Parquet, acredito que esta não pode ser a única razão para decidir, sendo de rigor acrescentar fundamentação que seja própria do órgão julgante. Ademais, no que concerne à atuação do Tribunal de segundo grau que simplesmente procede a mera repetição da decisão de primeiro grau impugnada, penso que também há aí desprezo ao regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal. Paralelamente, acredito que também haveria prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que simplesmente repetir-se o original provimento não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas cômoda reiteração”¹⁶⁹³

provimento aos embargos” (STJ, Emb. Div. no REsp 1.021.851/SP, CE, j. 28.06.2012) (p. 17, do acórdão). Seguiram a divergência os Ministros: Arnaldo Esteves Lima, Cesar Asfor Rocha, Humberto Martins e Raul Araújo,

¹⁶⁹² STJ, HC 232.653/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 24.04.2012, v.u. (p. 05, do acórdão). Acrescenta a Relatora: “na hipótese, o acórdão atacado limitou-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos e a adotar o parecer ministerial, sem apresentar qualquer motivação própria relativamente às teses apresentadas pela defesa, procedimento, como visto, inadmissível” (STJ, HC 232.653/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 24.04.2012, v.u.) (p. 06, do acórdão).

¹⁶⁹³ STJ, HC 90.684/RS, Ministro Relator originário: Paulo Galotti; Ministra Relatora para o acórdão: Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 16.09.2008 (p. 08-09, do acórdão).

Também não se admite a mera remissão genérica às decisões ou manifestações anteriores, sem que o julgador tenha tido o trabalho de transcrevê-las, ainda que em parte. O Ministro Jorge Mussi, da 5.^a Turma, asseverou “Vê-se, pois, que na hipótese vertente, ao contrário do que constatado nos acórdãos acima colacionados, a simples remissão empreendida pelo Desembargador Relator do acórdão da apelação não permite aferir quais foram as razões ou fundamentos da sentença condenatória e do parecer ministerial incorporados à sua decisão. Isso porque sequer foram transcritos os trechos das mencionadas peças que pudessem indicar a motivação que estaria sendo acolhida, de modo a se desprover o recurso da defesa. Assim, não restaram atendidos os requisitos impostos pelas Cortes Superiores para que se admita a chamada motivação ad relationem, vale dizer, aquela em que o juiz não elabora uma justificação autônoma, remetendo à motivação constante de outra decisão ou parecer. Isso porque, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu decisum a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada”¹⁶⁹⁴.

A respeito da fundamentação das decisões, entende o Supremo Tribunal Federal, conforme ponderações do Ministro Ricardo Lewandowski, que “é firme o entendimento desta Corte no sentido de que não se exige que o julgador esgote as teses da defesa, bastando que exponha as razões de seu convencimento”¹⁶⁹⁵. No mesmo sentido, afirmou o Ministro Luiz Fux que “se o Tribunal escolhe uma tese jurídica que se contrapõe às outras teses jurídicas suscitadas pela defesa, o acolhimento daquela tese jurídica, que induz à condenação, dispensa, evidentemente, o Tribunal de enfrentar aquelas outras que não têm influência no resultado final. É exatamente essa a jurisprudência da nossa Corte”¹⁶⁹⁶.

5.5.16. Recursos.

5.5.16.1. Ausência de apresentação de razões e contrarrazões recursais.

A falta de interposição de recurso não enseja o reconhecimento da nulidade, haja vista que este ato é um ato voluntário da parte. A falta de apresentação de razões recursais defensivas, contudo, configura hipótese de nulidade, conforme jurisprudência pacífica do

¹⁶⁹⁴ STJ, HC 176.238/SP, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.^a T., j. 24.05.2011, v.u. (p. 08, do acórdão)

¹⁶⁹⁵ STF, HC 107.784/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.^a T., j. 09.08.2011, v.u. (p. 05, do acórdão)

¹⁶⁹⁶ STF, HC 107.784/SP, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.^a T., j. 09.08.2011, v.u. (p. 16, do acórdão)

Superior Tribunal de Justiça. Assim deve ser tanto na apresentação das razões em primeira instância quanto, diretamente, da sua apresentação no Tribunal¹⁶⁹⁷.

No ponto, ainda que o advogado não ofereça as razões recursais, não pode o juiz dar processamento ao recurso, devendo o magistrado prover a regularidade do feito¹⁶⁹⁸.

No ponto, não obstante se pudesse pensar incidir o artigo 565, do Código de Processo Penal, conforme entendimento de alguns Ministros¹⁶⁹⁹, o STJ, majoritariamente, tem reconhecido a nulidade, em casos assim, pontuando que: “houve, claro, por parte dos ilustres Defensores, em princípio, descumprimento de suas obrigações profissionais, diante da ausência de razões de recurso. É verdade, igualmente, como observado pela eminente Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que o impetrante interpusera recurso de

¹⁶⁹⁷ Apesar de não se conhecer do *habeas corpus*, foi concedido a ordem de ofício a fim de reconhecer a nulidade, por falta de juntada das razões do recurso em 2.ª instância, no Tribunal: “afigura-se patente a nulidade perpetrada pelo Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação manifestado por termo, sem a juntada das razões recursais, e sem a necessária intimação do sentenciado para que constituísse novo patrono para apresentar as razões do recurso” (STJ, HC 137.100/SE, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 02.10.2012, v.u.)(trecho da ementa).

¹⁶⁹⁸ Foi isso que ficou decidido, por maioria, no seguinte caso: “... 1. As razões de recurso são indispensáveis, para garantir ao réu o exercício concreto do direito à ampla defesa, constitucionalmente previsto (art. 5º, inciso LV). 2. Apelação interposta por termo nos autos pelo próprio réu, e, embora intimado seu Defensor para apresentar as razões de recurso, a ausência destas obrigaria o juízo a nomear defensor dativo ou defensor "ad hoc", não sem antes intimar o réu a constituir outro defensor. 3. Irrelevante o decurso de longo prazo para insurgir-se contra tal omissão, porquanto nulidade absoluta não preclui. 4. Ordem concedida” (STJ, HC 126.035/SP, Ministra Relatora originária: Maria Thereza de Assis Moura; Ministro Relator para acórdão: Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 6.ª T., j. 18.08.2009)(ementa).

¹⁶⁹⁹ Assim entende a Ministra Maria Thereza de Assis Moura (voto vencido): “Em 6.7.2005, os advogados Sonia Regina Goulart e Antonio Roberto Sanches foram intimados, via publicação no D.O.J., para apresentarem, no prazo legal, as razões de apelação. Diante da inércia dos representantes dos pacientes, o Juízo de primeiro grau determinou que os autos fossem encaminhados ao Ministério Público para apresentação de contrarrazões e posterior subida à Corte ad quem para a apreciação do recurso. Em 16.6.2008, o Tribunal a quo julgou o citado recurso, ao qual negou provimento. O acórdão transitou em julgado e é contra este que se insurge a impetração. Indispensável ressaltar, neste ponto, que o ora impetrante, que alega a nulidade do acórdão, é o mesmo advogado que, intimado para apresentar as razões do recurso interposto, deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi concedido. Diz o art. 565 do Código de Processo Penal: 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. À luz do mencionado dispositivo legal, inexistente a nulidade apontada, uma vez evidenciado que a ausência de razões de apelação decorreu de fato imputado aos próprios pacientes, diante da inércia de seu defensor constituído. (...)Ademais, o ora impetrante interpôs recurso de apelação em 20.4.2005, deixando transcorrer mais de 4 (quatro) anos para insurgir-se contra a ausência das razões, que ele próprio deixou de apresentar” (STJ, HC 126.035/SP, Ministra Relatora originária: Maria Thereza de Assis Moura; Ministro Relator para acórdão: Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 6.ª T., j. 18.08.2009)(p. 05-06, do acórdão). Cabe só destacar que - há pouco mais de um ano antes dessa decisão - em hipótese parecida à acima citada, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura reconheceu a nulidade. Assim segue o teor do acórdão para o qual a Ministra foi designada Relatora, tendo pontuado que, neste caso, em especial, a interposição do recurso se deu pelo próprio acusado, sendo que cabia ao defensor oferecer as razões de apelação: “... 1. Tendo o réu manifestado pessoalmente o desejo de recorrer da sentença condenatória, deve ser suprida a sua falta de capacidade postulatória, com a apresentação de razões por advogado. Havendo advogado constituído, se esta permanece inerte, deve ser o acusado intimado para constituir novo defensor, e, não o fazendo, deve-se-lhe nomear defensor dativo para tanto. 2. Ordem concedida, recolhendo-se, em consequência, o mandado de prisão expedido contra o paciente, em virtude da desconstituição do trânsito em julgado” (STJ, HC 71.054/SC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 20.11.2007, v.u.)(ementa).

apelação, mas deixou transcorrer mais de quatro anos para insurgir-se contra a ausência das razões, que ele próprio deixou de apresentar. Nesse capítulo, porém, faz-se necessário observar que o acórdão hostilizado negou provimento aos recursos e tal julgamento ocorreu somente em 16 de junho de 2008, data dele constante. E, como a decisão foi desfavorável aos interesses das defesas, já em 12 de dezembro daquele ano era impetrada a presente ordem. De qualquer forma, não parece, com a devida vênia, ser caso de aplicação do artigo 565 do CPP: as apelações foram interpostas e, se as razões não foram apresentadas, não poderiam os réus ser prejudicados por omissão de seus Defensores. Verificado, pelo Juiz, que as razões não foram apresentadas, cumpria a Sua Excelência mandar intimar pessoalmente os réus para que constituíssem outro defensor. E, na hipótese de inação dos réus, era obrigatória a nomeação de defensor dativo. O juiz e o promotor de Justiça estão obrigados a fiscalizar a regularidade do processo. Dizer que o artigo 601 do CPP autoriza a subida da apelação com razões ou sem elas é inverter a interpretação das leis, fazendo prevalecer o Código de Processo Penal, nascido já obsoleto, praxista, vetusto, com perfil autoritário, sobre a Constituição Federal de 1988, que abriga preceitos garantidores da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, nas faces processual e substancial. Inversão, com a devida vênia, incabível, embora ponderosa corrente entenda de maneira a prevalecer citado artigo 601 do estatuto processual penal¹⁷⁰⁰. Igualmente, a falta de apresentação de contrarrazões ao recurso da acusação também configuram nulidade, pontuando os julgados ser a nulidade de ordem absoluta¹⁷⁰¹, isto é, insanável¹⁷⁰². O mesmo tem sido aplicado para a apresentação de contrarrazões¹⁷⁰³.

¹⁷⁰⁰ STJ, HC 126.035/SP, Ministra Relatora originária: Maria Thereza de Assis Moura; Ministro Relator para acórdão: Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 6.ª T., j. 18.08.2009.(p. 08-09, do acórdão).

¹⁷⁰¹ “... 1. A falta de intimação do defensor dos Réus para oferecimento de contra-razões ao apelo ministerial, contrariando ordem expressa do Tribunal a quo, configura-se nulidade absoluta, em face do evidente prejuízo para a defesa dos Réus, uma vez que foram condenados na segunda instância, sem terem exercido o seu direito constitucional ao contraditório. Precedentes. 2. Ordem concedida para determinar a anulação do julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, a fim de que outro seja realizado, com a observância da prévia intimação do defensor constituído, para apresentação de contra-razões” (STJ, HC 29.484/RS, Ministra Relatora Laurita Vaz, 5.ª T., j. 1.º.06.2004, v.u.)(ementa).

¹⁷⁰² “... A ausência de intimação da Defesa para ofertar contra-razões ao recurso em sentido estrito (art. 588 do CPP) implica gravame aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Hipótese de nulidade insanável, que trouxe evidente prejuízo para os sentenciados. Precedentes. Não há como apreciar o desacerto da queixa-crime alternativa formulada por Manoel Dorval da Costa sem que se proceda a exame aprofundado de provas, o que é inviável na via do writ. Ordem parcialmente concedida” (STJ, HC 38.320/SC, Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., j. 09.11.2004, v.u.)(ementa).

¹⁷⁰³ De toda forma, mais antigamente, o Supremo Tribunal Federal já flertou com o entendimento de que a ausência de contrarrazões pela defesa ao recurso ministerial não configuraria nulidade, já que, conforme voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio: “as contra-razões não consubstanciam ônus processual, isto é, não são meio sem o qual não se possa alcançar determinado desiderato. Revelam-se como simples faculdade, servindo de alerta, no particular, quanto as matérias veiculadas, à análise do órgão julgador. Ora, a ausência de apresentação de tal peça não informa, por si só, que o acusado esteve sem defesa no processo. Conforme asserido pela Procuradoria Geral da República, o ato omissivo pode estar situado em verdadeira estratégia da defesa, muito embora, de início, exsurja extravagante. Diante da falta de apresentação das razões de

Julgado interessante foi o que discutiu a atuação do Ministério Público ao oferecer parecer legal, sendo que a defesa deveria falar por último, mesmo nos casos em que o Ministério Público atua como *custos legis*. Nesse precedente, o Ministro Relator, Jorge Mussi, reafirmou jurisprudência maciçamente predominante, tendo estatuído que: “esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento, na linha de precedentes do Pretório Excelso, no sentido de que após a manifestação ministerial como *custos legis* no segundo grau de jurisdição não há contraditório a ser assegurado, tendo em vista que o *Parquet* não atua como parte da relação processual”¹⁷⁰⁴. No ponto, frisou-se que o parecer exarado do Ministério Público é imparcial e meramente opinativo, atuando o *Parquet* como fiscal da lei, podendo até ir ao encontro dos anseios e argumentos do acusado; sendo assim, entendeu-se, no acórdão, que o fato de não ser oportunizado à defesa momento para falar a respeito do parecer ministerial não viola o contraditório, a ampla defesa ou a paridade de armas¹⁷⁰⁵.

5.5.16.2. Apresentação de memoriais.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado de que a apresentação de memoriais, inclusive os de cunho defensivo, é mera faculdade da defesa, não sendo, portanto, imprescindível e essencial ao seu exercício.

Em caso peculiar o Supremo já reconheceu que, uma vez sendo deferido o pedido feito pelo advogado de apresentação de memorial defensivo no Tribunal, com pedido de vistas dos autos do processo, não pode o Tribunal, simplesmente, desconsiderá-lo, levando então o feito a julgamento sem oportunizar essa faculdade concedida à parte requerente¹⁷⁰⁶.

contrariedade ao recurso, não há como concluir-se pela existência de nulidade absoluta” (STF, HC 71.757/SP, Ministro Relator Marco Aurélio, 2.ª T., j. 21.03.1995, v.u.)(p. 270, do acórdão).

¹⁷⁰⁴ STJ, HC 167.910/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 01º.03.2011, v.u. (p. 04, do acórdão). Continua o Ministro: “como é cediço, o Ministério Público - instituição permanente prevista no art. 127 da Constituição Federal como essencial à função jurisdicional do Estado -, é o responsável pela manutenção da estabilidade jurídica da sociedade, sendo sua incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E, no âmbito do Processo Penal, a atuação do Órgão Ministerial é regulada pelo art. 257 da Lei Penal Adjetiva, ao dispor que ‘ao Ministério Público cabe: I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II- fiscalizar a execução da lei’, demonstrando os dois pólos ocupados pelo parquet, quais sejam, a posição de sujeito da relação, efetivando o direito de punir do Estado; e o exercício de atividade como custos legis no sentido de fiscalizar a correta aplicação das leis” (STJ, HC 167.910/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 01º.03.2011, v.u.)(p. 05, do acórdão).

¹⁷⁰⁵ STJ, HC 167.910/MG, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.ª T., j. 01º.03.2011, v.u.

¹⁷⁰⁶ Nesse sentido: “... A apresentação de memoriais não constitui ato essencial à defesa. É faculdade concedida às partes, que dela se utilizam ou não. Todavia, se o relator do habeas corpus defere pedido de vista do defensor, no qual esse manifesta, expressamente, o desejo de apresentar memoriais, o julgamento do writ antes da publicação do despacho e da retirada dos autos pelo advogado, impedindo a possibilidade da apresentação dos memoriais, constitui cerceamento de defesa. II. - Recurso provido, em parte” (STF, RHC 85.512/GO, Ministro Relator Carlos Velloso, 2.ª T., j. 16.08.2005, v.u.)(ementa).

5.5.16.3. Ordem de pronunciamentos nas sustentações orais.

No ponto, foi analisado caso em que, em recurso exclusivo da acusação (na espécie, contra decisão de rejeição da denúncia), pode o representante ministerial manifestar-se depois da defesa. Trata-se de um julgamento importante, que trata de um assunto muito caro e que suscitou um voto extremamente minucioso e fundamentado por parte do Ministro Relator, Cezar Peluso, sobretudo acerca da nulidade e do critério do prejuízo, tanto que foi afetado o julgamento ao Plenário. Neste *habeas corpus*, impetrado por Arnaldo Malheiros Filho, o Ministro Cezar Peluso entendeu que “ainda que invoque a qualidade de *custos legis*, o representante do Ministério Público deve sempre pronunciar-se, na sessão de julgamento de recurso, antes da sustentação oral da defesa (...) o exercício do contraditório deve, assim, permear todo o processo, garantindo sempre, como ônus, a possibilidade de manifestações oportunas e eficazes da defesa, desde a de arrazoar e contra-arrazoar recursos, até a de se fazer ouvir no próprio julgamento destes”¹⁷⁰⁷.

5.5.17. Intimações.

5.5.17.1. Generalidades. Problemas com intimação.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de reconhecer a nulidade quando na intimação do Diário Oficial não constam nem o nome do acusado nem o nome de seu advogado constituído¹⁷⁰⁸. Em outra oportunidade, o Tribunal assentou que o “erro na intimação da defesa torna o ato inexistente, constituindo nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido”¹⁷⁰⁹. A 6.^a Turma tem reputado nula (nulidade absoluta) a intimação realizada em nome do advogado já falecido¹⁷¹⁰, não obstante alguns julgados da 5.^a Turma

¹⁷⁰⁷ STF, HC 87.926/SP, Ministro Relator Cezar Peluso, Pleno, j. 20.02.2008, v.u. (p. 673, do acórdão).

¹⁷⁰⁸ STJ, HC 25.509/BA, Ministro Relator Jorge Scartezini, 5.^a T., j. 05.08.2003, v.u. (p. 03, do acórdão).

¹⁷⁰⁹ STJ, HC 129.748/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.^a T., j. 14.02.2012, v.u. (p. 08, do acórdão).

¹⁷¹⁰ Nesse sentido: STJ, HC 226.673/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.^a T., j. 04.09.2012, v.u.; STJ, HC 201.883/PE, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 19.04.2012, v.u. No ponto, segundo disse a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no último precedente citado: “Saliente-se, por oportuno, que o fato de o réu não ter comunicado a morte de seu procurador ao Juízo de origem ou à Corte Estadual não é hábil a suplantar referida nulidade. Nessa linha de raciocínio, aliás, este Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou a tese, no julgamento de causas cíveis, que ‘a morte do procurador de uma das partes suspende o processo no exato momento em que ocorreu, **mesmo que o fato não tenha sido comunicado ao juiz da causa**, sendo nulos os atos praticados posteriormente’ (AgRg na AR 2.995/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2004, DJ 19/04/2004, p. 151). Desse modo, reconhecida a ocorrência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, deve ser desconstituído o trânsito

discorram que, para que a nulidade possa ser decretada, é necessário que o óbito do patrono seja devidamente comunicado a juízo¹⁷¹¹.

Também o STJ já teve oportunidade de decidir que quando há vários advogados constituídos para cuidar de uma causa, basta a intimação de um. Nesse sentido, consta o teor do voto lavrado pelo Ministro Assis Toledo de que, “quando na mesma procuração consta o nome de vários advogados, basta que a intimação seja feita a um deles”¹⁷¹².

Contudo, cabe destacar que quando há pedido expresso de que a intimação seja feita exclusivamente em nome de apenas um dos advogados constituídos no feito, a intimação deve ser feita, necessariamente, no nome deste, sob pena de nulidade. Por isso que, recentemente, o Ministro Sebastião Reis Júnior teve a oportunidade de assentar:

Ministro Sebastião Reis Júnior: “A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo substabelecimento com reserva de poderes, é válida a intimação de qualquer dos causídicos – substabelecimento ou substabelecido –, **desde que não haja pedido expresso de intimação exclusiva**”¹⁷¹³. (...) “O fato de ter sido apresentado substabelecimento com reserva de poderes não torna sem efeito o pedido de intimação exclusiva anteriormente formulado pela defesa, já que o advogado ao qual deveriam ser dirigidas as intimações continuou a atuar nos autos. Não é exigível que, a cada substabelecimento apresentado, seja renovado o pedido de intimação exclusiva, sob pena de tornar sem efeito aquele anteriormente formulado”¹⁷¹⁴.

Há um caso muito interessante relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no qual se aponta vício de intimação consistente na intimação de defensor público no lugar do advogado constituído¹⁷¹⁵. Na ocasião, não foi reconhecida a nulidade, já que a parte, ao longo do processo, por meio de sua conduta, causou, de fato, um grande tumulto. Com efeito, o advogado constituído não apresentou alegações finais. Procurado o acusado para constituir novo advogado, o réu não foi encontrado. Diante disso, foi nomeado defensor dativo, o qual apresentou as alegações, tendo atuado até a constituição, pela parte, do mesmo defensor que deixara de apresentar as alegações finais, sendo que, passado algum tempo, este mesmo advogado renunciou o patrocínio, tendo juntado, posteriormente, nova procuração, quando o feito se encontrava para julgamento, em 2.ª instância. Diante disso, desse vai-e-vem, entendeu o STJ que, em voto de lavra da Ministra Maria Thereza

em julgado certificado nos autos e anulado o processo desde a publicação do acórdão da apelação, determinando-se a intimação do réu a fim de que constitua novo procurador” (STJ, HC 201.883/PE, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 19.04.2012, v.u.) (p. 06-08, do acórdão).

¹⁷¹¹ Não reconhecendo a nulidade, porque o evento morte não foi comunicado à justiça: STJ, HC 101.598/SP, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª T., j. 02.03.2010, v.u.; STJ, HC 64.838/SP, Ministro Relator Felix Fischer, 5.ª T., j. 16.08.2007, v.u.

¹⁷¹² STJ, HC 1.955/GO, Ministro Relator Assis Toledo, 5.ª T., j. 29.09.1993, v.u. (p. 79, do acórdão).

¹⁷¹³ STJ, HC 129.748/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 14.02.2012, v.u. (p. 06, do acórdão).

¹⁷¹⁴ STJ, HC 129.748/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 14.02.2012, v.u. (p. 07, do acórdão).

¹⁷¹⁵ STJ, HC 175.542/MS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 1.º.03.2012, v.u.

de Assis Moura, que “toda a confusão, como visto, foi causada pela própria defesa, que, primeiramente, não se manifestou sobre as alegações finais, nem o advogado e nem o réu, que teve de ser intimado por edital. Depois, volta o mesmo advogado aos autos, juntando procuração e, manifestando recurso, para, já no Tribunal, apresentar renúncia e logo depois, quando, mais uma vez, feita a nomeação de defensor público, reassumir como advogado constituído, juntando outro instrumento de mandato. A falta de intimação do advogado constituído para a sessão de julgamento somente não ocorreu em razão da própria confusa atuação da defesa, pelas suas idas e vindas, motivando a nomeação de defensor público. A incidência do art. 565 do Código de Processo Penal, a meu sentir, é de rigor. (...) A defesa, no caso concreto, adotou postura abusiva. O Judiciário não pode ficar a mercê da voluntariedade do réu e do seu advogado, que a todo momento entra e sai do processo, obrigando a movimentação do aparato público e dele se utilizando como se fosse privado. Como se não bastasse, na hipótese, a apelação foi provida parcialmente, tendo sido o paciente absolvido do crime de apropriação indébita, o que mostra que a defesa dativa foi competente e eficaz”¹⁷¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal tem pontuado que pequenas incorreções ou omissão de letra do nome do advogado na intimação não gera nulidade, já que não torna impossível a identificação do caso patrocinado, de modo que somente o erro grosseiro, que torne impossível a identificação, implica nulidade¹⁷¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assentar que é causa de nulidade a intimação feita no advogado que morreu em data muito próxima à intimação, sobretudo quando o advogado defunto é o único defensor que atua no feito¹⁷¹⁸, ressaltando o Ministro Marco Aurélio que “intimação no ‘além’ não é jurídica”¹⁷¹⁹.

Também, quando há vários advogados atuando no feito, não causa nulidade o fato de a intimação ser efetuada apenas no nome de um deles.

Houve um precedente interessante, que suscitou grande discussão entre os Ministros, de um caso em que houve intimação no nome de um advogado que não mais

¹⁷¹⁶ STJ, HC 175.542/MS, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 1.º.03.2012, v.u. (p. 05-07, do acórdão).

¹⁷¹⁷ STF, HC 104.228/SC, Ministro Relator Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 03.05.2011, v.u.

¹⁷¹⁸ Na ocasião disse a Ministra Relatora, Cármen Lúcia: “O que se tem na situação é que o representante legal da Paciente morreu antes da publicação do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da apelação; era o único Advogado e, a despeito disso, foi publicado em nome dele, portanto, transitou em julgado sem que se tivesse garantido o direito ao recurso, enfim, a defesa em sua totalidade. Por essa razão, estou com voto que posso ler, se for necessário, com todos os precedentes e argumentação, mas eu estou votando no sentido de conceder a ordem para declarar nulos todos os atos posteriores à publicação do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal, no julgamento da apelação, com a abertura de todos os prazos para que se tenha a garantia” (STF, HC 108.795/ES, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 03.12.2012, v.u.)(p. 11, do acórdão).

¹⁷¹⁹ (STF, HC 108.795/ES, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 03.12.2012, v.u.)(p. 12, do acórdão).

atuava no feito; na oportunidade, a nulidade não foi reconhecida, já que, nos autos do processo, não havia qualquer informação de que aquele advogado não mais atuava no feito, sendo que seria obrigação dos advogados cientificar o juízo¹⁷²⁰. Além disso, pontuou-se, no caso em apreço, que os demais advogados já estavam cientes que aquele advogado não mais atuava na causa e que sabiam que o referido causídico ainda vinha recebendo publicações, sendo que nada disseram a respeito, tendo, de certa forma, contribuído para o ocorrência da suposta nulidade¹⁷²¹.

5.5.17.2. Intimação e carta precatória.

No STJ vigora o entendimento de que basta intimar o advogado da expedição da carta precatório. Caso não haja intimação da expedição, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal afirma que a nulidade daí decorrente é relativa, devendo ser comprovado o prejuízo. Então, geralmente, ainda que não haja intimação da expedição da precatória, não é certo que haverá reconhecimento da nulidade.

¹⁷²⁰ STF, HC 102.433/PR, Ministra Relatora: Ellen Gracie; Ministro Redator do acórdão: Joaquim Barbosa, 2.^a T., j. 28.02.2012.

¹⁷²¹ Segundo afirma o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto: “aliás, ao ser interposta a apelação, não foi juntada uma nova procuração ou novo substabelecimento nos autos, que substituíssem os anteriores. Assim, considero que era dever do impetrante, no mínimo, requerer que as publicações passassem a ser feitas exclusivamente em seu nome, justamente por saber que o nome do Dr. Gabriel Bertin de Almeida constou de todas as publicações efetuadas no primeiro grau de jurisdição. Portanto, aplica-se a regra do art. 565 do Código de Processo Penal: ‘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’. Nestes termos, acompanho a Relatora e **denego a ordem**. É como voto” (STF, HC 102.433/PR, Ministra Relatora: Ellen Gracie; Ministro Redator do acórdão: Joaquim Barbosa, 2.^a T., j. 28.02.2012)(p. 21, do acórdão). No mesmo sentido, é o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual estatui: “e examinando os autos, a partir das informações prestadas pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4^a Região e documentos que a instruem, bem como aqueles juntados pelo impetrante, conforme destacado pela relatora e pelo Ministro Joaquim Barbosa, concorreu o advogado para a pretensa nulidade processual, frise-se, inexistente. Inexistente porque a Secretaria do Tribunal Regional não logrou intimar advogado estranho aos autos, intimou advogado que regular e ativamente atuou na causa, em todos os atos processuais no primeiro grau de jurisdição. O fato de não ter assinado as razões de apelação, ausente qualquer outro fato concorrente – devida e tempestivamente comprovado nos autos –, não o tornou inabilitado para atuar no processo. O alegado – e também não comprovado – ‘desligamento’ do escritório do profissional a quem foi dirigida, primeiramente, a intimação não desonera qualquer dos causídicos do dever processual de comunicar ao juízo o ora alegado fato superveniente. Agrego às razões já expendidas pela relatora e pelo Ministro Joaquim Barbosa que, entre a interposição da apelação e o julgamento do recurso, decorreu lapso temporal de quase dois anos (agosto de 2004 – novembro de 2006), período em que – não se acredita – não tenha o ora impetrante diligenciado sobre o processamento do recurso. Sem olvidar a notória e conhecida informatização do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, que permite o acesso e o acompanhamento a distância. E, diferentemente de outros casos com que esta Corte tem se deparado, não protestou a parte por realizar sustentação oral – que eventualmente poderia ter sido frustrada pela falta da pretensa intimação –, ou, como já anotado pela relatora, protestou especificamente pelo direcionamento da intimação. Ante o exposto, na linha da jurisprudência do Tribunal, voto para acompanhar a relatora. É o voto” (STF, HC 102.433/PR, Ministra Relatora : Ellen Gracie; Ministro Redator do acórdão: Joaquim Barbosa, 2.^a T., j. 28.02.2012)(p. 25-26, do acórdão).

Houve um precedente em que essa matéria foi muito discutida. Neste caso, um *habeas corpus* impetrado pelo advogado Cezar Roberto Bitencourt, a ordem foi concedida por maioria¹⁷²². No ponto, entendeu o Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, que não haveria nulidade, já que a testemunha em nada teria influenciado a decisão de primeiro grau. Afirmou o Ministro: “a testemunha não teve qualquer influência para a decisão condenatória; era testemunha de acusação, mas a sentença a ela não se referiu e a defesa não diz qual seria a utilidade da repetição de sua ouvida (já que não fora arrolada por ela), mas pelo Ministério Público; do que se vê dos autos, a repetição desse ato em nada irá alterar a conclusão a que chegaram o MM. Juiz e o Tribunal *a quo* sobre o dolo do acusado, *convencimento calcado especialmente em prova documental e nos relatório do TCE*”¹⁷²³. Já o Ministro Jorge Mussi, cujo voto foi vencedor, entendeu: “não se desconhece o entendimento já sedimentado no âmbito dos Tribunais Superiores no sentido de ser tratada como relativa a nulidade da instrução criminal quando ausente a intimação acerca da expedição de carta precatória destinada à oitiva de testemunha que resida fora da jurisdição do juízo responsável pelo feito, nos termos do enunciado n. 155 da Súmula do Supremo Tribunal Federal”¹⁷²⁴. (...) E para refutar a alegação defensiva tanto o magistrado singular como a Corte de origem invocaram o argumento de que a eiva reclamada não teria causado prejuízo ao paciente, tendo em vista que o depoimento colhido na oportunidade não teria sido utilizado para a formação do juízo condenatório. Olvidaram-se, porém, as instâncias de origem, que a garantia ao contraditório, inerente ao devido processo legal implantado no seio de um Estado Democrático de Direito, deve ser respeitada durante toda a instrução criminal, já que se trata de uma forma de controle de legalidade da prova posta à disposição das partes, por meio da qual podem, inclusive, produzir elementos probatórios aptos a dar embasamento à tese sustentada em juízo, seja ela acusatória ou de defesa. Não é por outra razão que os elementos probatórios aptos a dar embasamento a eventual édito condenatório devem ser produzidos em juízo, conforme prescreve, a contrario sensu, o artigo 155 do Código de Processo Penal, no qual deverão ser observados, sob pena de nulidade, as garantias ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Aliás, a defesa não deve ser vista apenas como um direito do acusado, mas como uma garantia de desenvolvimento regular do processo, tratando-se de interesse público. A ampla defesa constitucionalmente garantida, assim, deve abranger tanto o direito do acusado ser assistido por profissional habilitado, conhecida por defesa

¹⁷²² STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.ª T., j. 28.06.2011.

¹⁷²³ STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.ª T., j. 28.06.2011. (p. 15, do acórdão).

¹⁷²⁴ STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.ª T., j. 28.06.2011. (p. 23, do acórdão).

técnica, como o direito de autodefesa, cujo exercício é facultado em determinados atos processuais, como o interrogatório”¹⁷²⁵.

Houve, de fato, um precedente peculiar, em que o Juízo deprecado intimou o advogado para o ato, tendo a referida ausência sido cancelada. Contudo, do cancelamento desta audiência, restou consignado no despacho do juízo deprecado que o advogado deveria ser intimado para a próxima, o que não ocorreu. Nesse sentido, discorreu a Ministra Laurita Vaz, em voto que se sagrou vencedor, que “resta inequívoco o interesse do Advogado em participar da audiência de oitiva das testemunhas, ante a sua presença nos pregões anteriores. Ademais, diante da determinação judicial para que fosse intimado do referido ato, torna-se inaplicável o entendimento esposado na súmula n.º 273. Não se pode admitir o evidente prejuízo à defesa do Paciente, causado pela ausência do Defensor à audiência de oitiva de testemunhas, pois, no caso, o Patrocinador da causa foi desonerado da incumbência de acompanhar a tramitação da carta precatória perante o Juízo deprecado. Assim, em face da constatação do cerceamento de defesa, CONCEDO a ordem de habeas corpus, tão-somente para anular o processo-crime desde a audiência de oitiva de testemunhas no Juízo deprecado, garantindo-se a intimação do Advogado de defesa da realização do ato”¹⁷²⁶.

O STF sempre entendeu desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado, se houve intimação da expedição da carta precatória.

Cabe destacar que, recentemente, veio o Supremo Tribunal Federal a entender que, nos casos em que oficia a Defensoria Pública, segundo pontua a Ministra Rosa Weber, “expedida precatória para localidade na qual existe Defensoria Pública estruturada, deve a instituição ser intimada da audiência designada para nela comparecer e defender o acusado necessitado. Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente. Como, no presente caso, essa cautela não foi

¹⁷²⁵ STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.ª T., j. 28.06.2011. (p. 24-25, do acórdão). E arremata o Ministro: “Na hipótese em apreço, constata-se que durante a audiência de oitiva de uma testemunha de acusação perante juízo deprecado o paciente esteve completamente indefeso, já que sequer lhe foi nomeado defensor para o ato diante do não comparecimento do seu patrono constituído - falta que se atribui à ausência de intimação acerca da expedição de carta precatória -, circunstância que evidencia não apenas uma deficiência de defesa, mas, sim, a sua inexistência, o que macula o ato de forma absoluta, nos termos do enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: ‘No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.’ O raciocínio ora externado, inclusive, se apóia nos inúmeros precedentes desta Corte Superior de Justiça que negam o reconhecimento da nulidade pela falta de intimação acerca da expedição de carta precatória para oitiva de testemunha, quando no juízo deprecado, constatada a ausência do defensor constituído pelo acusado, é nomeado para o ato um defensor ad hoc, circunstância geralmente apontada para afastar a alegação de prejuízo, conforme se infere dos precedentes já citados” (STJ, HC 172.901/RS, Ministro Relator originário: Napoleão Nunes Maia Filho; Ministro Relator para acórdão: Jorge Mussi, 5.ª T., j. 28.06.2011)(p. 26, do acórdão).

¹⁷²⁶ STJ, HC 95.344/RJ, Ministro Relator originário: Jorge Mussi; Ministra Relatora para acórdão: Laurita Vaz, 5.ª T., j. 15.12.2009. (p. 10-11, do acórdão)

tomada, cumpre reconhecer o vício afirmado no recurso. Por outro lado, considerando que, na audiência, foi realizado ato instrutório relevante, a oitiva da vítima, sem que houvesse a regular intimação da Defensoria Pública local para o ato, presume-se o prejuízo, não sendo aplicável o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal¹⁷²⁷.

Esse julgamento alterou a posição tradicional do Supremo Tribunal Federal, pois, no passado, em caso praticamente igual ao mencionado acima, que também envolvia a falta de nomeação e intimação da defensoria pública no juízo deprecado, também julgado pela 1.^a Turma, os Ministros entenderam que não havia qualquer nulidade. Com efeito, no referido caso, o Ministro Luiz Fux pontuou, quando da análise do HC 104.767/BA, que “havendo intimação da expedição da carta precatória e a nomeação de defensor *ad hoc* para a realização do ato, afigura-se correta a aplicação, pelo Tribunal *a quo*, da Súmula 155 do Supremo Tribunal Federal, que proclama, *verbis*: ‘É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha’¹⁷²⁸, frisando o Ministro que, no caso, deveria ser comprovado o efetivo prejuízo para que fosse possível reconhecer a nulidade do ato consubstanciado no depoimento de uma testemunha de acusação¹⁷²⁹.

5.5.17.3. Intimação pessoal de defensor público e defensor dativo.

O STJ vem reconhecendo a nulidade quando não se procede à intimação pessoal, seja do defensor público, seja do defensor dativo.

¹⁷²⁷ STF, RHC 106.394/MG, Ministra Relator Rosa Weber, 1.^a T., j. 30.12.2012, v.u. (p. 08, do acórdão). Na oportunidade, houve uma profícua discussão entre os Ministros se eles julgariam que a necessidade de intimação da data de audiência no juízo deprecado deveria se dar em todo e qualquer caso, inclusive se houver advogado particular. Contudo, chegaram à conclusão que apenas esse entendimento deveria vigorar nos casos em que há Defensoria Pública, pois o Defensor Público não está obrigado a se locomover para Comarca alheia, sobretudo naquela em que há Defensoria Pública instalada.

¹⁷²⁸ STF, HC 104.767/BA, Ministro Relator Luiz Fux, 1.^a T., j. 14.06.2011, v.u. (p. 155, do acórdão). Na verdade, aqui, houve um equívoco do Ministro na menção da súmula, pois a súmula em comento fala em nulidade por falta de intimação da expedição da carta precatória, sendo que, no caso,

¹⁷²⁹ STF, HC 104.767/BA, Ministro Relator Luiz Fux, 1.^a T., j. 14.06.2011, v.u. Quanto ao prejuízo, o Relator o rechaça sem maiores explicações, afirmando apenas que “a impetrante se limita a defender que (...) não há como provar como seria a audiência se um defensor com verdadeiro conhecimento do processo tivesse participado da ausiência. O prejuízo é óbvio. Não meramente presumido, mas certo, muito embora indemostrável” (STF, HC 104.767/BA, Ministro Relator Luiz Fux, 1.^a T., j. 14.06.2011, v.u.) (p. 160, do acórdão). Apesar de, no mérito, o Ministro Marco Aurélio não concordar com o Relator (por entender haver nulidade, já que, a seu ver, o acusado teria ficado indefeso), disse o Ministro Marco Aurélio que o acompanhava na decisão, já que, sendo a nulidade relativa, deveria ela ter sido alegada no momento oportuno (“insurgimento à primeira hora”) (STF, HC 104.767/BA, Ministro Relator Luiz Fux, 1.^a T., j. 14.06.2011, v.u.) (p. 161, do acórdão).

Aliás, a Corte Especial já teve oportunidade de se manifestar, tendo assentado se tratar de nulidade de ordem absoluta¹⁷³⁰.

Ainda que se alegue que haja dificuldade na intimação pessoal do defensor, o STJ já teve oportunidade de reconhecer a nulidade da falta de intimação pessoal quando não demonstrada a impossibilidade em se localização o defensor público ou dativo. A esse respeito se referiu o Ministro Relator Og Fernandes, ao discorrer que “uma circunstância é a total impossibilidade de se efetuar a intimação, o que justificaria a nova nomeação de outro defensor; outra é a simples dificuldade de localização. Ora, em estrita observância ao devido processo legal e ampla defesa, é necessário esgotar todos os meios de localização do defensor do paciente”¹⁷³¹. Contudo, em situações peculiares, não se têm reconhecido a nulidade, o que tem ocorrido com alguma preocupante frequência.

A esse respeito, cita-se o entendimento que vem sendo reiterado pelo Tribunal em seus pronunciamentos (nessa e, igualmente, em outras questões), considerando que, uma vez passado um largo lapso temporal (por exemplo: anos), não há como reconhecer a nulidade, entendimento que é criticável, pois a lei não fala em prazos. Não cabe ao operador ou interprete apor prazos, em uma verdadeira interpretação *contra legem, in malam partem*. Com efeito, no julgamento do HC 241.060/SC, afirmou a Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, ponderação que é bem discutível:

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “Não resta dúvida de que a irregularidade apontada, de fato, corporifica nulidade. Entretanto, é imperioso, como já vem fazendo esta colenda Sexta Turma, proceder a um exame acurado das peculiaridades do caso concreto. A Defesa a despeito de não ter sido intimada pessoalmente, mas apenas pela Imprensa Oficial, da data da sessão de julgamento do recurso de apelação (23.05.2006), alega nulidade do acórdão vergastado. A Defesa foi cientificada, pessoalmente da íntegra do acórdão, que interpôs recursos especial e extraordinário, quedando silente acerca da nulidade. Somente em 04.05.2012, com a impetração deste mandamus, seis anos após o julgamento da apelação (23.05.2006), é que se pretende ver reconhecida a nulidade, o que não se afigura plausível à luz da segurança jurídica. Ademais, o paciente a esta altura já está na fase de execução da pena”¹⁷³² (...) “Não se ignora a irregularidade no processamento do recurso de apelação. Entretanto, é necessário ter presente o transcurso de largo período de tempo sem que nada fosse alegado, mesmo com a ciência

¹⁷³⁰ Embora não fique claro da leitura do acórdão, porque os Ministros chegam à conclusão de que a nulidade seria absoluta (a bem da verdade, não se aborda a razão dessa conclusão), assim consta da ementa. Confira-se: “... Nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e 370, § 4º, do CPP, a intimação do Defensor Público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. - O STJ entende que o benefício do prazo em dobro para recorrer (art. 5º, § 5º, Lei 1.060/50), só é devido aos Defensores Públicos e àqueles que fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária, não se incluindo no benefício os defensores dativos, mesmo que credenciados pela PGE do Estado de São Paulo, vez que não exercem cargos equivalentes aos de Defensores Públicos. - Ordem concedida, por ausência de intimação pessoal do defensor” (STJ, HC 27.786/SP, Ministro Relator Humberto Gomes de Barros, CE, j. 23.10.2003, v.u.).

¹⁷³¹ STJ, HC 178.192/RJ, Ministro Relator Og Fernandes, 6.ª T., j. 08.02.2011, v.u. (p. 05, do acórdão).

¹⁷³² STJ, HC 241.060/SC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 04, do acórdão).

pessoal do defensor dativo, que poderia ter manejado os recursos cabíveis, contudo, optou pelo silêncio. Cumpre salientar que, no transcorrer do processamento do recurso, em nenhum momento foi ventilada a pretensão de se efetuar sustentação oral”¹⁷³³ (...) “Sublinhe-se, finalmente, que a defesa do paciente foi exercida de maneira regular. O que leva a concluir que não houve desídia técnica ou ausência de defesa. Ademais, o feito prosseguiu normalmente após o julgamento do recurso de apelação, sendo a defesa intimada para todos os atos, somente tendo arguido o suposto vício seis anos após o julgamento do recurso de apelação, o que não se admite”¹⁷³⁴.

No Supremo Tribunal Federal há precedente acenando que a intimação pessoal tem que ser na pessoa do próprio defensor público, não valendo o aviso de recebimento assinado por funcionário da Defensoria, sobretudo quando esse servidor é “estranho ao setor no qual estava lotada a Defensora”¹⁷³⁵.

Em recente julgado, o Ministro Dias Toffoli pontuou que a falta de intimação pessoal do defensor dativo corporifica nulidade de ordem absoluta, citando jurisprudência consolidada do STF discorrendo que seria “desnecessária a comprovação, nesta hipótese, do efeito prejuízo para que tal nulidade seja declarada”¹⁷³⁶.

¹⁷³³ STJ, HC 241.060/SC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 05, do acórdão).

¹⁷³⁴ STJ, HC 241.060/SC, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 18.09.2012, v.u. (p. 10, do acórdão). No mesmo sentido foi a decisão proferida no HC 188.637/SP, tendo a Ministra Maria Thereza de Assis Moura igualmente destacado: “O presente writ envolve o exame de nulidade decorrente da ausência de intimação pessoal do defensor público da data designada para a sessão de julgamento do recurso em sentido estrito. Não resta dúvida de que a irregularidade apontada, de fato, corporifica nulidade. Entretanto, é imperioso, como já vem fazendo esta colenda Sexta Turma, proceder a um exame acurado das peculiaridades do caso concreto. É de se salientar que o paciente era assistido pela Defensoria Pública, na pessoa da Dra. Juliana Garcia Belloque, a qual, a despeito de não ter sido intimada pessoalmente, mas apenas pela Imprensa Oficial, da data da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito (07.08.2008), alega nulidade do acórdão vergastado. A defensoria pública foi cientificada, pessoalmente, da íntegra do acórdão, quedando silente acerca da nulidade, conforme consta na fl. 154. A decisão transitou em julgado (fl. 155). Somente em 16.11.2010, quase dois anos após o trânsito em julgado, com o julgamento do júri marcado para 21.03.2011, é que se pretende ver reconhecida a nulidade, o que não se afigura plausível à luz da segurança jurídica (...) Não se ignora a irregularidade no processamento do recurso em sentido estrito. Entretanto, é necessário ter presente o transcurso de largo período de tempo sem que nada fosse alegado, mesmo com a ciência pessoal do defensor público, que poderia ter manejado os recursos cabíveis, contudo, optou-se pelo silêncio. Cumpre salientar que, no transcorrer do processamento do recurso, em nenhum momento foi ventilada a pretensão de se efetuar sustentação oral. (...) Relembre-se, ainda, o precedente desta colenda Sexta Turma, julgado em 27 de março de 2007, de relatoria do eminente Ministro Nilson Naves, em que se denegou a ordem, em situação similar à presente. Refiro-me ao Habeas Corpus n.º 59.154/MS (DJ de 27.8.07), no qual proferi voto-vista denegando a ordem, em sintonia com o entendimento do Ministro Nilson Naves...” (STJ, HC 188.637/SP, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 01.03.2011, v.u.)(p. 04-06, do acórdão).

¹⁷³⁵ Consulte-se o teor da ementa: “... A lei exige que a intimação do Defensor Público seja pessoal. II - Mostra-se inválida a intimação por carta cujo aviso de recebimento foi subscrito por funcionário da Defensoria. III - Nulidade do ato reconhecida. IV - Ainda que cumprida a pena e extinta a punibilidade, remanesce a potencial ameaça à liberdade do paciente diante da possibilidade de eventual condenação futura. V - Ordem concedida” (STF, HC 92.408/MG, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j. 04.03.2008, v.u.).

¹⁷³⁶ STF, HC 101.715/GO, Ministro Relator Dias Toffoli, 1.ª T., j. 09.03.2010, v.u. (p. 348, do acórdão). Citou os seguintes precedentes: HC 98.802/GO, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; HC 97.797/PA, de relatoria do Ministro Celso de Mello; HC 89.190/MS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia; HC 82.315/SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e HC 81.342/SP, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.

5.5.17.4. Falta de intimação do advogado para a sessão de julgamento: sustentação oral.

Julgado bem interessante foi proferido Tribunal, cuja relatoria coube ao Ministro Jorge Mussi, contra ato praticado pela própria 5.^a Turma, da qual faz parte¹⁷³⁷. No caso, foi reconhecida a nulidade do julgamento do *habeas corpus*, haja vista que a intimação para a sessão de julgamento se deu em prazo inferior a 48 horas; na oportunidade, o Ministro invocou a súmula 117, do STJ, que dispõe: “a inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes acarreta nulidade”.

O Supremo Tribunal Federal tem, como regra, reconhecido a nulidade nesses casos, de falta de intimação para a sessão de julgamento da apelação ou demais recursos¹⁷³⁸. Cita-se precedente relatado pelo Ministro Celso de Mello, o qual analisa falta de intimação de defensor público para a sessão de julgamento, a fim de sustentar oralmente as razões da impetração (*habeas corpus*). Após tecer considerações a respeito da indispensabilidade da intimação pessoal do defensor público, o Relator estatui, quanto à devida intimação e o direito de sustentar oralmente as razões do recurso: “**não constitui demasia registrar**, por isso mesmo, que **a sustentação oral**, por parte **de qualquer** réu, **compõe**, segundo entendo, *o estatuto constitucional do direito de defesa* (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **A sustentação oral**, notadamente em sede processual penal, **qualifica-se** como um dos momentos essenciais da defesa. **Na realidade**, tenho para mim que o ato de sustentação oral compõe, como já referido, *o estatuto constitucional do direito de defesa*, **de tal modo que a indevida supressão** dessa prerrogativa jurídica (**ou injusto obstáculo** a ela oposto) **pode afetar**, gravemente, **um dos direitos básicos** de que o acusado – **qualquer** acusado – é titular, **por efeito** de expressa determinação constitucional”¹⁷³⁹. Continua o Ministro Celso de Mello: “**o exame** da

¹⁷³⁷ STJ, Emb. Dec. No HC 99.798/CE, Ministro Relator Jorge Mussi, 5.^a T., j. 18.05.2010, v.u.

¹⁷³⁸ Alguma discussão tem suscitado a intimação para sustentar oralmente as razões da impetração da ação constitucional de *habeas corpus*, já que se entende que, dado o seu rito célere, seria prescindível a intimação do impetrante para a sessão de julgamento, cabendo a ele diligenciar para obter essa informação. Esse entendimento é mitigado quando há pedido expresso da parte requerendo a prévia intimação, sendo que o Supremo tem reconhecido a nulidade, caso a intimação requerida não tenha sido realizada. A esse respeito, consulte-se: STF, RHC 89.135/SP, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.^a T., j. 29.08.2006, v.u.

¹⁷³⁹ STF, RHC 106.561/RJ, Ministro Relator Celso de Mello, 2.^a T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 212-213, do acórdão). Cabe só destacar que essa asserção do Ministro Celso de Mello, no sentido de que o direito à sustentação oral constituiria um ato essencial à defesa, não é uma questão pacificada, sendo que, vez ou outra, é rechaçada pela própria Corte, seja em julgados antigos ou mesmo mais recentes. A esse respeito, segue a ponderação do Ministro Carlos Velloso: “tenho me manifestado no sentido de que a sustentação oral não constitui ato essencial à defesa. Assim decidiu o Supremo Tribunal no julgamento do HC 66.315/RJ, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 127/894). No julgamento do HC 73.839/RJ, de que fui relator, (...) Não foi outro o

questão em debate, **analisada** sob perspectiva **estritamente** constitucional, **revela** que a sustentação oral qualifica-se **como instrumento essencial** de concretização do direito de defesa, além de representar um importante meio pelo qual a parte interessada, muitas vezes, **expõe e submete**, ao conhecimento do Tribunal, **dados relevantes** que subsidiam a Corte **na resolução** de determinado litígio penal. **Entendo**, por isso mesmo, Senhores Ministros, **que a injusta frustração** da possibilidade de o impetrante **proceder à sustentação oral**, no caso em exame, **ofendeu** o exercício – **que há de ser pleno** – do direito de defesa da ora paciente, **daí resultando, em desfavor** daqueles que sofrem a ‘*persecutio criminis*’, **grave comprometimento** da garantia constitucional do ‘due process of law’¹⁷⁴⁰. É bem verdade que, não obstante a sedimentação do entendimento acima mencionado, o fato é que, em determinados casos, a nulidade não tem sido reconhecida, sob o argumento de que sua alegação se deu após muito tempo à ocorrência da nulidade. A esse respeito, cita-se caso julgado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, precedente, em realidade, muito parecido ao anterior (ausência de intimação do defensor público para a sessão de julgamento), tendo o Ministro Ricardo Lewandowski dito – frise-se, contrariando o seu próprio entendimento proferido em outros casos¹⁷⁴¹ – que se trataria de nulidade relativa, não podendo ser reconhecida, sobretudo quando alegada após anos:

Ministro Ricardo Lewandowski: “É verdade que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a intimação pessoal do defensor público ou dativo para sessão de julgamento, em face de expressa disposição legal. Nesse sentido, cito, entre outros, os seguintes julgados: HC 88.672/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, HC 89.190/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia e HC 92.569/MS, de minha relatoria. Contudo, a partir de uma minuciosa análise das particularidades do caso sob exame, entendo a conclusão deve ser diversa daquela alcançada nos precedentes mencionados. Isso porque, **decorridos mais de dois anos da data do trânsito em julgado da condenação (21/11/2008), depois que esta Segunda Turma não conheceu do AI 617.763-ED-AgR-ED-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso**, o impetrante articula writ em que noticia a omissão em apreço, requerendo a nulidade do julgamento da apelação. Ora, a nulidade por falta de intimação da advogada para o julgamento da apelação é de natureza relativa, devendo ser sanada no momento em que dela se tem conhecimento, sob

decidido no HC 69.429/RJ, também por mim relatado (RTJ 149/460)” (STF, RHC 85.512/GO, Ministro Relator Carlos Velloso, 2.ª T., j. 16.08.2005, v.u.) (p. 355-356, do acórdão).

¹⁷⁴⁰ STF, RHC 106.561/RJ, Ministro Relator Celso de Mello, 2.ª T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 214, do acórdão). O mesmo entendimento foi adotado pelo Ministro Celso de Mello em outros casos, falando o Ministro, na hipótese, em “carga irrecusável de prejuízo **que lhe é insita**” (STF, HC 97.797/PA, Ministro Relator Celso de Mello, 2.ª T., j. 15.09.2009, v.u.) (ementa). No mesmo sentido: STF, 96.958/SP, Ministro Relator Celso de Mello, 2.ª T., j. 02.06.2009, v.u.

¹⁷⁴¹ Confira-se o entendimento do Ministro pontuando ser caso de nulidade absoluta a seguinte ementa: “EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO E DO CONTEÚDO DECISÓRIO. ADVOGADO CONSTITUÍDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. NOVO JULGAMENTO. I - A ausência de intimação do advogado constituído para a sessão do julgamento e da decisão proferida gera sua nulidade, impondo-se novo pronunciamento judicial. II - Ordem concedida” (STF, HC 89.108/RS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 1.ª T., j. 08.08.2006, v.u.).

pena de preclusão. Afinal, os dois momentos essenciais à defesa, sem os quais haveria, sim, nulidade absoluta, foram cumpridos em favor do paciente, quais sejam, a intimação para a oferta das razões de apelação e a intimação do resultado de seu julgamento, que permite o recurso para os Tribunais Superiores, o que efetivamente ocorreu na espécie.”¹⁷⁴².

De toda forma, apesar desse questionável entendimento – que, vez ou outra, encontra guarida no Tribunal¹⁷⁴³ - nota-se uma tendência no Supremo em reconhecer a nulidade, qualificando-a como nulidade de ordem absoluta, isto é, cuja alegação independe do lapso temporal transcorrido, não estando sujeita à preclusão.

Como já teve oportunidade de afirmar o Ministro Marco Aurélio, em julgamento de hipótese muitíssimo parecida: “se duvidosa a falta de intimação pessoal para conhecimento da data em que seria julgada a apelação, pouco importa a passagem de mais de treze anos. Sob o ângulo do prejuízo, o fenômeno é de se presumir no que a norma impõe a intimação pessoal e esta não ocorreu, vindo a apelação a ser provida apenas em parte, com diminuição da pena imposta – de cinco anos de reclusão para dois anos e oito meses (folha 178). Concedo a ordem para declarar insubsistente o acórdão proferido, observando-se a nova inclusão em pauta da apelação interposta, procedendo-se à intimação pessoa do Defensor Público”¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴² STF, HC 108.261/RS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 30.08.2011. (p. 06-07, do acórdão). O Ministro ainda acrescenta: “Esta Suprema Corte, aliás, tem entendimento consagrado no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Isso porque a demonstração de prejuízo, ‘a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...)’ o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pás de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas’ (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie)” (STF, HC 108.261/RS, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 30.08.2011. (p. 08-09, do acórdão). Participaram desse julgamento os Ministros Ayres Britto, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Relator). Ficou vencido o Ministro Ayres Britto, que, na ocasião, concedia a ordem. No ponto, é só interessante pontuar que o Ministro Luiz Fux - apesar de acompanhar o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski nesse julgado - já julgou de forma diferente, anteriormente, tendo considerado, em voto que restara vencido: “a defesa dos pacientes foi diligente, em que pese não ter alegado o vício na primeira oportunidade (sessão do segundo julgamento do júri). Mas isso não tem a menor relevância em se tratando de nulidade absoluta” (STF, HC 100.754/BA, Ministro Relator originário: Luiz Fux; Ministro Relator para acórdão: Dias Toffoli, 1.ª T., j. 03.05.2011) (p. 176, do acórdão).

¹⁷⁴³ Igualmente nesse sentido: “... É verdade que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo para a sessão de julgamento é causa de nulidade. II – Entretanto, na hipótese, verifica-se que, embora não tenha sido intimada pessoalmente da data da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, a Defensoria Pública estadual foi cientificada pessoalmente do acórdão que negou provimento ao recurso em questão, em 26/8/2003, tendo se quedado inerte acerca da nulidade agora apontada. III – Somente em 16/11/2009, ou seja, decorridos mais de seis anos da data em que foi intimada daquele decisum, a Defensoria baiana se insurgiu contra a omissão em apreço. Inegável, pois, a preclusão da matéria. Precedentes. IV – Ordem denegada” (STF, HC 111.976/BA, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 27.03.2012, v.u.) (ementa). Consulte-se também precedente cujo Relator para acórdão foi o Ministro Dias Toffoli, falando os Ministros, em sua maioria, em preclusão, apesar de, no acórdão, estarem de acordo se tratar de nulidade absoluta, cujo prejuízo seria presumido: STF, HC 100.754/BA, Ministro Relator originário: Luiz Fux; Ministro Relator para acórdão: Dias Toffoli, 1.ª T., j. 03.05.2011.

¹⁷⁴⁴ STF, HC 88.672/SP, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 27.03.2007, v.u. (p. 267, do acórdão). No mesmo sentido: “... Verificada a ausência de intimação para ciência da data em que julgado o recurso, impõe-se a declaração de nulidade da decisão proferida” (STF, HC 84.154/RS, Ministro Relator Marco Aurélio, 1.ª T., j. 29.06.2004, v.u.) (ementa).

No julgamento do HC 98.357/RJ, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o STF reconheceu a invalidade: no caso, apesar de a parte ter sido intimada da inclusão do julgamento do recurso em pauta, não houve menção da sua data, sendo causa de nulidade¹⁷⁴⁵, de modo que, como pontuou a Relatora, “a mera intimação da inclusão do recurso em pauta não assegura a data exata em que ocorrerá o julgamento nem garante, então, ao representante legal do Paciente o direito de comparecer ao julgamento para efetivar a defesa oral, na forma dos arts. 554 e 565 do CPC”¹⁷⁴⁶. Na oportunidade, a Ministra, alicerçada em precedente de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, disse que a hipótese seria de nulidade absoluta, discorrendo ser “firme, também, a jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto à desnecessidade de comprovação de comprovação do efetivo prejuízo (HC 69.142, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11.2.1992) para se concluir pela nulidade na forma acima exposta. Destarte, inevitável é a conclusão de que o acórdão atacado encontra-se eivado de vício insanável”¹⁷⁴⁷. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já considerou ser impossível fazer a prova do prejuízo nesses casos, conforme precedente relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹⁷⁴⁸.

5.5.18. Direito de constituir advogado da confiança

¹⁷⁴⁵ Esse entendimento já restara pontuado no julgamento anterior. Consulte-se: STF, HC 91.566/RJ, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 04.09.2007, v.u. A ementa foi exarada nos seguintes termos: “... 1. A mera intimação da inclusão do recurso em pauta não assegura a data exata em que ocorrerá o julgamento nem garante, então, ao representante legal do Paciente o direito de comparecer ao julgamento para efetivar a defesa oral, na forma dos arts. 554 e 565 do CPC. 2. A ausência de intimação para a data da sessão de julgamento pode ser, assim, considerada causa de nulidade do ato praticado nessa condição, inclusive por ter sido frustrada eventual possibilidade de sustentação oral. Precedentes. 3. Habeas corpus concedido”

¹⁷⁴⁶ STF, HC 98.357/RJ, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 194, do acórdão).

¹⁷⁴⁷ STF, HC 98.357/RJ, Ministra Relatora Cármen Lúcia, 1.ª T., j. 21.06.2011, v.u. (p. 195, do acórdão). Nesse julgamento, houve ampla discussão entre os Ministros, pois, em precedentes anteriores, conforme jurisprudência sedimentada, o STF considerava bastar a intimação de inclusão em pauta, pouco importando a menção à data expressa do dia do julgamento. Nesse caso, alegou-se que para correu, em julgamento realizado pelo STF (HC 91566) a ordem foi concedida pelo fundamento de que, apesar da intimação de inclusão em pauta, não houve menção à data de julgamento. Nessa esteira, apesar de os Ministros não explicarem porque aquele caso foi julgado dessa forma (em dissonância com a jurisprudência dominante do Supremo)(no ponto, o próprio Ministro Marco Aurélio se pergunta – talvez pelo humor do dia - porque teria julgado de um jeito, e não de outro), eles concederam a ordem nesse caso, em homenagem ao princípio da isonomia, já que não seria justo que, em um mesmo processo, um acusado tivesse um tratamento jurídico e outro réu tratamento diverso.

¹⁷⁴⁸ Assim disse o Ministro Sepúlveda Pertence, na oportunidade: “De se afastar, ademais, a alegada ausência de demonstração do prejuízo: conforme acentuei no HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, de que fui relator, RTJ 140/926, ‘frustrado o direito da parte à sustentação oral, nulo o julgamento, não cabendo reclamar’, a título de demonstração de prejuízo, ‘a prova impossível de que, se utilizada aquela oportunidade legal de defesa, outra teria sido a decisão do recurso’” (STF, RHC 85.443/SP, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 19.04.2005, v.u.)(p. 286, do acórdão)

Se houver renúncia do advogado constituído, deve o acusado ser *regularmente* procurado¹⁷⁴⁹ e intimado para constituir novo defensor, de forma que, se permanecer inerte, então deve o juiz nomear um defensor público ou dativo para a causa.

Houve um caso bem interessante em que o STJ discutiu se, dada a inércia de o advogado da parte apresentar alegações finais, poderia o juízo nomear um defensor dativo para a prática do referido ato. No julgamento deste caso, houve uma discussão inicial entre os Ministros, tendo o Ministro Relator, Sebastião Reis Júnior, primeiramente pontuado que “a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser desnecessária a prévia intimação da parte para constituir novo advogado em razão da inércia do causídico anterior, sobretudo quando não restar demonstrado prejuízo decorrente da atuação do advogado dativo nomeado”¹⁷⁵⁰. Por seu turno, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura disse que “esta Corte tem reiteradamente afirmado que, diante da inércia de advogado constituído nos autos, tem o réu o direito de ser notificado para indicar novo defensor, antes da nomeação de defensor público ou dativo”¹⁷⁵¹.

Acrescentou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “cabe esclarecer, por fim, que, embora tenha o Relator feito referência a um precedente da Sexta Turma, de minha relatoria (HC 123.432/SP), penso tratar-se de hipótese fática diferente que, por isso mesmo, reclamou conclusão diversa. Naquele caso, o advogado constituído, fora intimado para audiência de oitiva de testemunha, fora da comarca, por carta precatória e, deixando de comparecer ao ato, o juiz nomeou um defensor *ad hoc*, ali, no momento, apenas para aquele ato. Não havia, mesmo, sentido em intimar previamente o réu. Aqui, como visto, a ausência foi para apresentar alegações finais, ponto culminante da marcha processual, de fechamento de toda a defesa realizada durante a colheita da prova, razão pela qual a minha conclusão é, de fato, diferente, concluindo pela existência de nulidade. Ante o exposto, concedo a ordem para declarar nulo o processo desde as alegações finais, inclusive, devendo ser oportunizada ao réu, mediante prévia intimação, a constituição de um novo advogado para aquele ato e, caso não queira ou fique inerte, aí sim, seja nomeado um defensor dativo ou público para suprir a falta”¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁹ Já decidi o STJ que se o acusado não for procurado corretamente (isto é, uma vez esgotados todos os meios: em todos os endereços constantes dos autos), é nula a nomeação de defensor dativo. Confira-se: “... Não tendo sido a ré encontrada para ser intimada da renúncia de seu advogado constituído em um dos endereços constantes dos autos, sem que tenha sido procurada no endereço por ela fornecido quando de seu interrogatório, é de ser declarada a nulidade do julgamento de recurso em sentido estrito, não obstante lhe tenha sido dado defensor dativo. 2. Writ concedido” (STJ, HC 39.365/RS, Ministro Relator Paulo Gallotti, 6.ª T., j. 08.11.2005, v.u.)(ementa).

¹⁷⁵⁰ STJ, HC 195.783/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 22.03.2012, v.u. (p. 04 do acórdão). No ponto o Ministro citou os precedentes: RHC 26.252/DF, de relatoria da Ministra Laurita Vaz e HC 123.432/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

¹⁷⁵¹ ¹⁷⁵¹ STJ, HC 195.783/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 22.03.2012, v.u. (p. 09, do acórdão).

¹⁷⁵² STJ, HC 195.783/SP, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., j. 22.03.2012, v.u. (p. 17, do acórdão). Depois, ante as ponderações da Ministra Maria Thereza de Assis Moura a respeito do caso, disse o Ministro Relator que retificaria seu voto, para acompanhar o entendimento da referida Ministra.

O Supremo Tribunal Federal reconhece e garante o direito que o indivíduo tem de ser defendido por advogado de sua confiança. Dessa forma, não pode o juiz desconsiderar a nomeação de advogado pela parte, sendo nulo o ato do juiz que nomeia um defensor dativo quando já há advogado patrocinando a causa¹⁷⁵³. São interessantes os casos mais antigos, julgados pelo Supremo Tribunal Federal tratando daqueles casos em que, durante o inquérito, há constituição de advogado, sendo que, uma vez denunciado o investigado, não se lograva à sua localização, tendo o processo seguimento à sua revelia, conforme permitia a legislação anteriormente a 1996: não raro, nesses casos, o Tribunal reconheceu a nulidade, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu equivocada a nomeação de defensor público ou dativo se já havia advogado anteriormente constituído na fase de inquérito.

Ministro Menezes Direito: “um exame mais atento dos documentos constantes dos autos revela, porém, uma outra questão, não levantada nas razões da impetração, mas que conduz à nulidade do processo. É que o paciente, na fase do inquérito policial, se fez acompanhar de advogado, e esse advogado não foi intimado para promover sua defesa na ação penal. O artigo 266 do Código de Processo Penal estabelece que ‘*a constituição de defensor independe de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório*’. No caso em análise, não houve interrogatório justamente porque o réu não foi intimado. Conforme alertado, no entanto, ele se fez acompanhar de advogado quando esteve na delegacia de polícia para prestar declarações (fl. 39 a 41-*apenso1*). Uma interpretação ampliada do dispositivo legal citado permite concluir, nessa medida, pelo menos, que o juiz da causa deveria ter intimado esse advogado, independentemente de mandato, para atuar na defesa do réu antes de confiar tal tarefa a um advogado dativo ou a algum órgão de assistência judiciária gratuita. (...) Emerge, assim, nulidade que atinge o processo desde o momento em que deixou de ser intimado o advogado constituído ao tempo do inquérito policial, ou seja, desde a defesa prévia porque apresentada já pela Defensoria Pública”¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵³ (STF, HC 86.260/CE, Ministro Relator Cezar Peluso, 2.ª T., j. 27.05.2008, v.u.)

¹⁷⁵⁴ STF, HC 93.415/DF, Ministro Relator Menezes Direito, 1.ª T., j. 18.03.2008, v.u. (p. 669-671, do acórdão). No mesmo sentido, embora denegando a ordem – haja vista a renúncia expressa do advogado: STF, HC 88.334/PA. Ministro Relator Ayres Britto, 1.ª T., j. 12.09.2006, v.u.)(ementa).

CONCLUSÕES

No capítulo primeiro, a título introdutório, foram abordadas algumas questões preliminares ao estudo das nulidades processuais penais, em especial aquelas concernentes à conformação política e ideológica do Estado e, por via reflexa, do próprio sistema penal. Foi imprescindível tratar, primeiramente, do direito penal, pois de pouca utilidade seria afirmar que o processo é um instrumento destinado a um fim (ou alguns fins) se não se sabe bem qual(is) seria(m) esse(s) fim(ns). Mostrou-se, em linhas gerais, que o direito penal foi instituído para evitar e minimizar todas as possíveis manifestações de violência arbitrária: não só a decorrente do delito, mas, também, a violência das punições arbitrárias. Procurou-se, dessa maneira, destacar, como ponto de partida da pesquisa - que o direito penal não oferece proteção apenas ao ofendido, mas também proporciona tutela ao pretense ofensor, quer por visar impedir que o inocente seja perseguido e punido, quer por evitar que o agressor, ainda que considerado culpado, seja punido desproporcionalmente.

O direito penal não conseguiria cumprir todas essas funções, notadamente de proteção, se, ao lado da legalidade dos delitos e das penas, não houvesse legalidade quanto ao procedimento persecutório penal. Aliada à importância do formalismo procedimental, para uma maior proteção dos indivíduos, foi necessário demonstrar também, e sobretudo, a importância dos valores que inspiram o processo e dão alma ao vazio de suas formas, já que ela, sem uma boa função, poderia ser usada para qualquer fim, até mesmo para a violação de direitos. Daí a importância do estudo que se fez acerca dos direitos e das garantias fundamentais, conquistados, arduamente, em meio a experiência histórica, os quais preenchem o vazio das formas, dando ensejo à nulidade, justamente para a proteção de direitos. Tudo isso de modo a garantir um processo justo, que seja apto a levar à elucidação do fato, a busca da verdade e alcance da justiça, fundamentos do processo.

Todo o exposto deve ser sopesado na análise da teoria das nulidades processuais penais. Um tratamento eficaz da matéria não pode permitir que a sua teorização implique distorções, seja para permitir punições a todo custo, seja para superproteger, de modo ilegítimo, alguém, propiciando desigualdades e/ou privilégios de tratamento.

O ponto de equilíbrio é um dos principais desafios desse assunto; aliás, não só deste, mas, em realidade, de todo o processo penal.

Vistos, em linhas gerais, os pressupostos teóricos do trabalho, o seu arcabouço ideológico e político, no capítulo 2, foram tratados os aspectos gerais da nulidade, tal como pensada na teoria geral do direito. Foi importante tratar dos contornos da nulidade fora do processo para um melhor estudo dela, posteriormente, dentro dele.

A teoria das nulidades, genuinamente, foi toda construída e desenvolvida à luz dos vícios do ato jurídico em sentido geral, especialmente na área civil: o que não implica, por certo, sustentar uma teoria geral das nulidades ou uma teoria unitária aplicável a qualquer âmbito do direito. De qualquer modo, há uma linha de raciocínio similar quanto ao funcionamento das invalidades tanto fora quanto dentro do processo, o que justifica um exame prévio do tratamento do tema na teoria geral do direito.

Nessa análise, deu-se especial ênfase no estudo geral do âmbito das invalidades e seu relacionamento com institutos afins, como o da inexistência jurídica e da ineficácia.

Mostrou-se como se dá a separação entre os âmbitos de (in)eficácia jurídica, como os da (in)existência, (in)validade e da (in)eficácia em sentido estrito, no direito civil, já que essa construção foi, depois, aplicada ao processo, quer civil quer penal.

Até para saber o que o tema das nulidades, precisamente, abrange, foi necessário demonstrar a demarcação que se faz entre o que pode ser entendido como inexistência, nulidade e ineficácia. Apontaram-se os dilemas envolvendo a distinção entre os âmbitos de (in)eficácia do ato jurídico, análise que se mostrou útil, depois, no exame da teoria das nulidades processuais, já que, segundo sustentado neste estudo, não há sentido na manutenção da teorização da inexistência jurídica, que mais traz problemas que soluções, podendo vulnerar o sistema de garantias instituído em prol do imputado.

Foi conveniente abordar a estrutura do ato jurídico (elementos, requisitos e fatores eficácia), já que a maioria das hipóteses envolvendo as nulidades, seja fora, seja dentro do processo, decorre de algum problema de forma, ou melhor, relacionado à prática imperfeita do ato, entendido o defeito em um sentido amplo (de forma, de conteúdo e de manifestação de vontade). Procurou-se destacar que apesar de nulidade e vício estarem ligados, o fator que dá ensejo mesmo à nulidade é a violação de um valor, que está corporificado em meio à imperfeição do ato praticado, ou que foi indevidamente omitido. A imperfeição do ato, apesar de, certamente, ser importante na análise da nulidade, é apenas um indício, um sinal, de que um valor foi vulnerado no processo, valor esse que, em realidade, fundamenta o pronunciamento da nulidade. Nesse sentido, enfatizou-se que não se pode confundir nulidade com o vício, seja de forma, ou qualquer outro, pois há vícios que nunca levam à nulidade (irregularidade) e outros que implicam outras consequências jurídicas.

No capítulo 3, foram abordadas as nulidades dentro do processo, com vista a uma tentativa de sistematização da matéria. Fez-se, em seu bojo, um estudo pautado no ato jurídico processual considerado isoladamente e depois em conjunto com os demais atos, já que os atos processuais estão concatenados no processo e, dessa maneira, ligados por fatores de ordem lógica, cronológica e teleológica, em meio ao procedimento: o que tem relevância na teorização das nulidades no processo, já que a nulidade processual relevante

não é tanto aquela que cause mácula a um ato isolado em si, mas a todo o procedimento, prejudicando o bom deslinde da causa.

O capítulo pretendeu realizar uma melhor sistematização do assunto, já que existe grande confusão quanto ao que a nulidade pode se referir, como ela ocorre no processo e qual o seu conceito/abrangência. Foi importante tratar dos pressupostos processuais, bem como das condições da ação penal penal, para delimitar quando ocorrerá nulidade, já que muitos desses vícios processuais não se sujeitam ao seu regime, acarretando respostas jurídicas diversas (extinção do processo outras invalidades).

A esse respeito, profícua se mostrou a delimitação dos conceitos de invalidade e nulidade, sendo que, não obstante toda nulidade seja uma invalidade, nem toda invalidade está sujeita ao regime da nulidade. A nulidade incide em determinados vícios processuais – comissivos ou omissivos – entendido o vício aqui em um sentido muito amplo, tanto de forma, de conteúdo quanto de manifestação de vontade (no caso mais específico dos negócios jurídicos processuais) – quando tais vícios acarretem a violação de algum valor reputado relevante no ordenamento jurídico (prejuízo). A nulidade pode macular a validade do ato, ou mesmo de alguns atos (ainda que perfeitos, mas ligados, de algum modo, ao ato originariamente viciado), retirando-lhe(s) a eficácia jurídica, podendo comprometer, em alguns casos, até mesmo todo o processo. Sempre que possível, o ato realizado com algum defeito deverá ser refeito e, em caso omissivo, será realizado o ato que deveria ter sido praticado, mas não foi. Daí a diferença do regime das nulidades em relação ao das demais invalidades, bem como em relação à da ineficácia em sentido estrito: a nulidade acarreta a (re)novação compulsória do ato então pronunciado nulo e ineficaz.

Procurou-se também expor os contornos entre a nulidade e a ineficácia jurídica, sendo demonstrado que, não obstante algumas exceções, eles são conceitos mutuamente recíprocos dentro do direito processual. Em regra, a validade anda de mãos dadas com a eficácia ao passo que invalidade acarreta ineficácia. As poucas exceções existentes não têm o condão de infirmar essa reciprocidade. A nulidade é uma sanção processual, frente à violação de um valor violado no processo. Sendo sanção, não há nulidades de pleno direito dentro do direito processual. Por isso mesmo, a decisão judicial não declara a nulidade, mas a pronuncia, a decreta, tendo natureza constitutiva. Assim, o ato imperfeito, antes da decisão, é inteiramente válido. Torna-se nulo apenas com a decisão judicial.

Foram abordadas as provas ilícitas, e qual a sua relação com a nulidade, sendo demonstradas as razões da conveniência de um tratamento uniforme com o da nulidade, já que ambas implicam, igualmente, ofensa aos direitos e garantias fundamentais.

Sempre que a nulidade se referir a uma prova (quer se queira chamá-la, segundo a doutrina tradicional, de ilícita ou ilegítima), deve ser desentranhada dos autos do processo.

Nesse sentido, foi muito feliz a reforma legislativa de 2008, que, no artigo 157, *caput*, do Código, unificou o tratamento quanto ao desentranhamento no que diz respeito à prova ilegítima ou ilícita: afinal, tanto uma quanto a outra podem influenciar, de modo, negativo, o julgador, não havendo argumento técnico para inviabilizar um tratamento uniforme. Nem mesmo a teoria que afirma que a prova ilícita corporificaria inexistência jurídica prospera, pois a ilicitude da prova acarreta invalidade, e, ainda que assim não fosse, é possível e recomendável um tratamento unificado entre nulidade e a inexistência

No capítulo 4, tratamos da lei processual penal brasileira, sobretudo do sistema de nulidades instituído pelo Código de Processo Penal, procurando-se demonstrar que, nessa matéria, a legislação brasileira pode ser aplicada de um modo muito profícuo, não obstante, *de lege ferenda*, fosse aconselhável instituir mais prazos preclusivos ao pronunciamento de uma maior gama de nulidades processuais.

Discorreremos que o único princípio aplicável à matéria é o da instrumentalidade das formas, do qual decorre uma série de norteamientos, que a doutrina prefere tratar como princípios, entre os quais se insere o prejuízo.

Não se pronuncia nulidade processual sem que tenha havido, para tanto, prejuízo, lido, tradicionalmente, como ofensa à ordem pública e, mais recentemente, pela doutrina moderna, como ofensa aos direitos e às garantias fundamentais, de modo a comprometer os objetivos do processo, cujo fundamento reside na busca da verdade e da justiça.

Neste trabalho, não obstante se entenda absolutamente correta a identificação da nulidade com a ofensa aos valores fundamentais, tem-se que, sob o ponto de vista material, não há como empreender uma diferenciação idônea entre nulidades absolutas e relativas apenas com base nesse critério, pois toda e qualquer nulidade sempre decorre, obviamente, de uma ofensa a um valor fundamental. É fadada ao fracasso, com todo o respeito, a pretensa distinção entre nulidade absoluta da relativa, calcada na vulneração dos valores fundamentais, assim como já era improdutiva a antiga diferenciação na ordem pública.

Na verdade, o que houve foi uma burla de etiquetas, trocando-se o termo violação da ordem pública por violação da ordem constitucional, sem que, para tanto, a doutrina fornecesse critérios seguros mais para diferenciar uma nulidade de outra, o que, em parte, explica a confusão que existe na matéria, pois, em realidade, inexistem critérios.

O que é mais grave é que, a partir dessa distinção, se queira construir tratamentos jurídicos diversos, pontuando-se que na nulidade absoluta haveria presunção de prejuízo e que na relativa ele deveria ser comprovado pela parte.

Na verdade, a imperfeição do ato em si, a ofensa ao devido processo legal, com vulneração da ordem constitucional, sempre acarretará uma presunção de que houve um prejuízo. Não fosse assim, o ato não teria sido previsto para ser praticado de determinado

modo. Em alguns casos, o prejuízo mostra-se evidente, sobretudo nas hipóteses em que são cominadas, na lei, hipóteses específicas de nulidades (atos essenciais do processo). Não fosse assim, o legislador não teria se dado ao trabalho de elencá-los, bastando cominar, de modo genérico, as hipóteses de nulidades, como ocorre no artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal. De todo modo, a imperfeição do ato sujeito ao regime das nulidades, como regra, sempre acarretará um prejuízo, que comprometerá a boa solução da causa.

A rigor, alegado o vício, a nulidade sempre deveria ser decretada, sendo muito difícil afirmar que o ato não teria comprometido, de alguma forma, ou a busca da verdade, ou mesmo não tenha prejudicado a parte na demonstração de alguma questão relevante, já que, vale lembrar, no processo penal, não se discutem apenas culpa/inocência, mas dados ligados aos direitos do ofensor, para aplicação da pena justa, bem como do imputado, para resguardo de sua inocência. Falar-se, portanto, que inexistiu prejuízo, é, quase sempre, fazer uma suposição calcada em um dado fluido, ainda mais quando se conjectura a ausência de prejuízo com base em um ato que não foi praticado, que não existiu, fazendo-se a análise por meio de mero prognóstico. A ausência de prejuízo deve ficar comprovada, sendo que, uma vez alegado o vício, trata-se de um dever que compete, apenas, ao julgador.

A parte não precisa comprovar nada, não tendo ônus de demonstrar o prejuízo.

Assim ocorre, pois do vício já se presume um prejuízo, ainda que potencial.

Cabe ao juiz demonstrar que prejuízo, efetivamente, inexistiu. Endereçar esse ônus à parte, sobretudo ao acusado, é inverter a lógica das coisas, como se tanto importasse a existência de um vício para a regularidade do procedimento. A forma é posta em prol de uma função. Vulnerada a forma, presume-se a vulneração de um valor.

Questionável, portanto, a ampla relativização que vem ocorrendo em relação às nulidades, ao se interpretar, com certa frequência na jurisprudência, que, não obstante a imperfeição do ato, inexistiria prejuízo. No ponto, somente em hipóteses absolutamente excepcionais se poderá inferir inexistência de prejuízo. Por isso, alegado o vício sujeito ao regime das nulidades, a regra será o seu pronunciamento.

Obviamente, essa análise, em grande parte dos vícios, não poderá perdurar *ad eternum*. Alguns critérios deverão ser levados em consideração, para evitar que se faça do processo um terreno fértil do litígio indireto, em que só se discutem formalidades, com o perigo de, em fase bastante avançada, a parte alegar um vício, ocorrido há muito tempo, apenas e exclusivamente para anular todo o processo.

Para segurança jurídica de todos, melhor que a relativização das nulidades não se dê com base em um critério material abstrato (prejuízo como violação da ordem pública ou da ordem constitucional)(análise essa quase de ordem zetética), mas sim em um critério

formal (dogmático), calcado em maior certeza e objetividade, como se dá com a oposição de prazos preclusivos para alegação da nulidade em tempo oportuno.

Não há nada de equivocado, ou mesmo inconstitucional na oposição de prazos para grande parte das nulidades serem alegadas: ao contrário, a passagem do tempo, sem que ninguém alegue a nulidade, indica, justamente, que não houve prejuízo.

Ainda que não fosse assim, o processo, de toda forma, não pode ficar à mercê de incertezas perenes, seja no mérito, seja nas questões de direito, conforme se dá hoje, com análises pouco satisfatórias ou convincentes da existência, ou não, de prejuízo e nulidade.

A esse respeito, no capítulo 5, foi feita uma breve análise jurisprudencial, tendo-se demonstrado que ainda faltam critérios aos nossos tribunais para discorrer quando há, ou não, nulidade, sobretudo quando os julgadores prescindem da análise da lei e se pautam em construções dogmáticas abstratas e genéricas. O que se viu, dada a incerteza e fluidez no trato da matéria, é que, em muitos dos casos de nulidades analisados, se a questão fosse levada a conhecimento dos Ministros em um determinado período, o Tribunal reconheceria (ou, muito provavelmente, tenderia a reconhecer) a nulidade. Se a mesma questão fosse levada depois, (frise-se: não muito tempo depois), a mesma situação jurídica já não mais seria suscetível de anulação, o que é motivo de perplexidade, insegurança e preocupação.

Viram-se, inclusive, incongruências nos votos de um mesmo julgador.

Da leitura de uma razoável parte dos acórdãos, não se sabe até hoje a razão ao certo do porquê de os julgados entenderem que a nulidade, no caso, seria de um tipo, e não de outro. Os julgados, sobretudo, em uma boa parte, fazem menção a outros julgados para justificar determinado tratamento jurídico referente às nulidades, sem explicar porque a nulidade teria um tratamento jurídico e não outro. Procurando-se os tais julgados citados nos referidos acórdãos, ao lê-los, também estes fazem remissão a outros precedentes, o que leva o intérprete a ter que fazer uma via-crúcis, para encontrar o fundamento esposado.

Na análise do prejuízo em prol da defesa, os julgados o afastaram, em geral, pela prolação de sentença condenatória (como se essa fosse a única finalidade do processo).

Cabe destacar que a menção de que não houve prejuízo, pela prolação de sentença condenatória, pode acarretar violação à presunção de inocência. Afinal, o julgador, ao não reconhecer a nulidade, tem a condenação proferida como decisão certa e inquestionável, o que resta ainda mais preocupante quando pronunciamentos assim - de não reconhecimento da nulidade, sob o fundamento pautado na prolação de sentença condenatória - são feitos pelo próprio tribunal, estando o feito aguardando julgamento de recurso.

A rigor, o que se está dizendo com isso, ainda que implicitamente, é que a decisão proferida foi correta, sendo que a renovação do ato nulo não teria o condão de alterá-la e, sendo assim, em julgamento futuro de eventual recurso, a condenação será mantida.

Na verdade, inverte-se a ordem das coisas e a lógica do raciocínio: pega-se a condenação e dela se tira a conclusão de que o ato, ainda que fosse pronunciado nulo e depois repetido, não teria como mudá-la. Ora, a rigor, a análise que se deveria fazer é que a sentença em si já seria questionável já que obtida com violação do devido processo penal, com infringência do justo processo. Começa-se a análise pelo fim (ante o resultado do processo), quando a análise deveria se dar pelo começo (pelo vício de forma que acarreta uma nulidade, comprometendo a correção do resultado do processo).

Também é comum se afastar a alegação de prejuízo quando não há análise do ato imperfeito na sentença. O que também é bastante questionável, pois, em primeiro lugar, o juiz deve valorar todos os atos na sentença e, em segundo, não há nada que indique que, psicologicamente, apesar de não constar da sentença, o ato viciado não tenha influído, de forma negativa, o magistrado e causado, assim, um prejuízo à parte.

Tudo isso é preocupante, pois estamos falando dos tribunais mais importantes do país. Não se faz menção à lei, o que é surpreendente; sequer, quando muito, se faz menção à doutrina. Reproduzem-se, na maioria dos casos, os entendimentos já sedimentados. A rigor, no tratamento da matéria de nulidades, uma grande parte das decisões proferidas seria em si absolutamente nula, por total falta de motivação.

Abaixo seguem as principais conclusões do trabalho:

(1) Tanto o reconhecimento da nulidade absoluta quanto o da nulidade relativa decorrem da violação da ordem pública;

(2) não há diferença substancial entre uma e outra; ambas decorrem da violação dos direitos e das garantias fundamentais, ou como se queira, da ordem pública;

(3) o único critério realmente diferenciador entre as nulidades de ordem relativa e absoluta reside na preclusão quanto à sua alegação;

(4) nas nulidades relativas, por imperativos, igualmente, de ordem pública, provenientes da Constituição (segurança jurídica e acesso à justiça *efetiva*) – a lei pode e, por que não dizer, deve prever prazos preclusivos para a sua alegação e dedução, *durante o curso do processo*; o transcurso de tal prazo sana o ato imperfeito, não podendo nem a parte nem o juiz questioná-la, uma vez passado tal prazo;

(5) não é correto afirmar que os vícios que dão azo às nulidades absolutas sejam sempre insanáveis: as nulidades absolutas em prol da acusação, que prejudiquem o réu, restam sanadas com a coisa julgada formada a favor do acusado;

(6) apenas as nulidades *pro reo* podem ser alegadas a todo e qualquer tempo;

(7) sempre que uma decisão se mostrar, no mérito, favorável ao acusado, não se reconhece nulidade a seu favor: por isso, sendo possível o julgamento de mérito a favor do

acusado na sentença, ou em sede recursal, cabe desconsiderar os vícios processuais, ainda que insanáveis;

(8) o magistrado pode proceder à regularização do feito, mediante *a indagação, de ofício*, da ocorrência de nulidades: o seu reconhecimento não deixa de ser uma atividade saneadora, já que expurga os vícios, mediante a (re) feitura dos atos então praticados com algum defeito;

(9) assim, tanto as nulidades absolutas quanto as relativas (estas últimas, é claro, desde que observado o prazo preclusivo), por se consubstanciarem em ilegalidades, sempre podem ser *suscitadas* pelo juiz e, em determinados casos, conhecidas de ofício. A esse respeito, é dever do juiz prover a regularidade, o que vale tanto para nulidade absoluta ou relativa. Sendo assim, sempre poderão ser suscitadas pelo juiz;

(10) a possibilidade quanto ao “reconhecimento de ofício”, pelo magistrado, tanto vale para a nulidade absoluta quanto para a nulidade relativa;

(11) seja na nulidade de ordem absoluta, seja na nulidade relativa, o magistrado, antes de reconhecer a nulidade de ofício, em homenagem à garantia do contraditório, deve determinar que as partes discorram a respeito, sempre que não houver qualquer urgência;

(12) o prejuízo é um norteammento decorrente da instrumentalidade das formas que fundamenta o reconhecimento de toda e qualquer nulidade, seja ela absoluta ou relativa. Se comprovadamente inexistente, nem mesmo a nulidade absoluta poderá ser reconhecida;

(13) o prejuízo não serve, portanto, para diferenciar a nulidade de ordem absoluta da nulidade relativa;

(14) o prejuízo, aliás, em qualquer hipótese de nulidade, é sempre presumido, pois, caso contrário, o ato não seria previsto para ser praticado de determinado modo; nos casos em que há nulidades cominadas de modo específico, o prejuízo é evidente.

(15) estando diante de uma hipótese de nulidade, diante de um provável prejuízo, o juiz não tem margem de escolha entre reconhecer, ou não reconhecer, a nulidade;

(16) o prejuízo não precisa ser efetivo, mas pode ser meramente potencial, pois, na dúvida, se vulnerado algum direito, a decisão deve militar a favor do reconhecimento da nulidade; o natural é que do vício decorra um prejuízo, de modo que já essa dúvida milita a favor do pronunciamento da nulidade;

(17) por o vício já indicar, em si, um prejuízo, ou presunção de prejuízo, não há qualquer ônus para as partes em prová-lo; basta a parte indicar o vício sujeito ao regime das nulidades, cabendo ao magistrado mostrar a inexistência de prejuízo, já que se existe alguma presunção decorrente de um vício, ela sempre é a favor da ocorrência de prejuízo;

(18) não há discricionariedade nessa seara, ainda mais em se tratando da tutela de direitos e garantias fundamentais, cujo pronunciamento da nulidade visa resguardar, os quais podem ter grande impacto no deslinde da causa.

(19) caso a nulidade recaia em uma prova produzida ou obtida ilegalmente, o elemento probatório deve ser desentranhado dos autos.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão: Cláudia Toledo. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011;
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes & FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “A comunicação social e a proteção da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988”. In: Alexandre de Moraes (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.
- ALMEIDA, José Raúl Gavião de. “Acesso à Justiça”. In: José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Vol. I. 4.^a ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: RT, 1989.
- APRIGLIANO, Ricardo de carvalho. *Ordem Pública e Processo: o Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. II. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho & PASCHOAL, Jorge Coutinho. “Lei de imprensa: perplexidades decorrentes do julgamento da ADPF 130-7/DF, pelo Supremo Tribunal Federal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 210, maio/2010.
- AROCENA, Gustavo Alberto. *La nulidad en el proceso penal*. 3.^a ed. Córdoba: Mediterránea, 2007.
- _____. AROCENA, Gustavo Alberto. “La nulidad y La ley procesal penal cordobesa”. *Pensamiento penal y criminológico: revista de derecho penal integrado*, ano III, n. 5, 2002.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 2010.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZÊVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- AZEVEDO, David Teixeira de. *Tipicidade e consequência jurídica do crime*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de & TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.
- AZEVEDO, Reinaldo. “História e histórias”. In: veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/historia-historias/.
- BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010;
- _____. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000;
- _____. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- _____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003;
- _____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BAGGIO, Lucas Pereira & TEISHEINER, José Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Brasília: Senado Federal (Conselho Editorial), 2004.
- BARROS, Marco Antonio de. “A nulidade derivada da inobservância do artigo 514 do CPP”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, Ano 6, n. 62, jan./1998.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Sugestões literárias, 1971.
- BASTOS, Márcio Thomaz. “Supremo Tribunal Federal - Direito Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Abolição de garantia constitucional. Interpretação *in malam partem*” (comentário de jurisprudência). *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 20, n. 240, Nov./2012.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1999.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005;
- _____. “Reflexões sobre o artigo 2.º da lei nº 9.099/95”. In: Fábio Bonini Simões de Lima (coord.). *Juízados especiais criminais: Lei 9.099/95 – aspectos jurídicos relevantes – doutrina e jurisprudência – 10 anos da lei*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2011;
- _____. Sem Título. In: Antonio Carlos Marcato (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo & SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BENTO DE FARIA, Antonio. *Nullidades em matéria criminal no processo e julgamento seguidas de um promptuario criminal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Santos, 1901.
- BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- BETANHO, Luiz Carlos. “Aspecto gerais do inquérito policial”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004;
- _____. ZILLI, Marcos. “Da prescrição”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2007;
- _____. “Procedimento no inquérito policial”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.
- BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009 (1.^a reimpressão);
- _____. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução: Angela Nogueira Pessôa. Revisão: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. “A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 66, mai.-jun./2007;
- _____. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 19.^a ed. São Paulo: RT, 2013
- BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de controle limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Nulidades do processo*. Porto Alegre: Globo, 1935.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOTTINO, Thiago. “Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – panaceia universal ou remédio constitucional?”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 246, maio/2013.
- BREDA, Antonio Acir. “Efeitos da declaração de nulidade no processo penal”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, v. 32, jul.-dez. 1981.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, parte geral, tomo I: introdução, norma penal, fato punível. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: El Foro, s/d.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CAGGIANO, Alvaro Theodor Herman Salem. *Tratamento das nulidades no processo administrativo*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Êles, os juízes, vistos por nós, advogados*. Tradução: Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada à teoria das nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARDOSO, José Eduardo Martins. “A discricionariedade e o Estado de Direito”. In: José de Faria Costa & Marco Antonio Marques da Silva (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Olavo de. *O jardim das aflições. De Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil*. 2.^a ed. São Paulo: É realizações, 2000.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013;
- _____. & LOUREIRO, Antonio Tovo. “Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista”. In: Diogo Malan & Geraldo Prado (coord.). *Processo penal e democracia: estudo em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASARA, Rubens R. R. “Um banquinho, o ministério público e a constituição: em busca de um espaço público republicano”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 13, n. 151, jun./2005.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Prefácio. In: GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008.
- CASTRO, Pedro Machado de Almeida. “HC, RHC e o retrocesso no processo penal brasileiro”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 20, n. 241, dez./2012.

- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatística*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CAVALVANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2002.
- CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 3.^a ed. Torino: UTET Giuridica, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22.^a ed. São Paulo: RT, 2006.
- COIMBRA, Mário; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi & PRADO, Luiz Régis. *Direito de execução penal*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CONSO, Giovanni. *Il concetto e le specie d'invalidità*. Milano: Giuffrè, 1972.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no processo penal*. 4.^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está facultado El fiscal de instrucción para declarar La nulidad?* Córdoba: Mediterránea, 2005.
- CORREIA, João Conde. *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra, 1999.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre-Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001;
- _____. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002
- COSTA E SILVA SOBRINHO, J. *Nullidades do processo criminal*. Santos: Typ. Instituto D. Escolastica Rosa, 1920.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2007.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, vol. LXXVIII, 2002;
- _____. “Manifesto contra os juizados especiais criminais”. In: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (orgs.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;
- _____. “Um Devido Processo legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial”. In: Diogo Malan e Geraldo Prado (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.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- CRUZ, André Gonzalez. *A nulidade absoluta da audiência de instrução criminal realizada sem a presença do Ministério Público*. São Paulo: All Print, 2009.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CUSCHNIR, Camila; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; MOTTA, Mariana & TORRES, Camila Jorge. “Crimes societários: requisitos da denúncia conforme a lei, a doutrina e as garantias processuais”. In:

- Antônio Ruiz Filho & Leonardo Sica. (coord.). *Responsabilidade penal na atividade econômico-empresarial: doutrina e jurisprudência comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- DALLEGRAVE NETTO, José Affonso. “Nulidade do contrato de trabalho e o novo Código Civil. In: José Affonso Dallegrave Neto & Luiz Eduardo Gunther (coords.). *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003.
- DAURA, Andreson Souza. *Inquérito policial: competência e nulidades de atos de polícia judiciária*. 4.^a ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. “Tribunais Superiores cometem um atentado à democracia”. *Boletim do IBCCrm*, São Paulo, ano 21, n. 243, fev./2013.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004;
- _____. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração razoável*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1982.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2007.
- DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia*. Problemática del Mercosur. Internalización del delito. Buenos Aires: Depalma, 1998;
- _____. TARANTINI, Ricardo Santiago. *Las Nulidades en el Proceso Criminal: a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional*. Catamarca: Editorial policial, 1996.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão da 1.^a edição).
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. “A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro”. In: www.academia.edu/1771102/A_invalidacao_dos_atos_processuais_no_processo_civil_brasileiro;
- _____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atto nel processo penale*. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 2011.
- DI GIULIO, Gabriel H. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- DI MASI, Geraldo Ramón.; OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las Nulidades En El Proceso Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2.^a ed. São Paulo, RT, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- _____. *Capítulos de sentença*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009;
- _____.; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22.^a ed. São Paulo: RT, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 1. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- D’URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- EMANUEL, Steven L. & KNOWLES, Steven. *Criminal Procedure*. 19th ed. New York: Emanuel Publishing Corporation, 1999.
- ENGELS, Friedrich & MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2002.
- ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. V. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.

- FALCÓN Y TELLA, Fernando & FALCÓN Y TELLA, María José. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008.
- FALCÓN Y TELLA, María José & FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução: Claudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2008.
- FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6.^a ed. Niterói: Impetus, 2009.
- FELTRIN, Sebastião. “Ação penal de iniciativa privada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. “Ação penal pública condicionada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002;
- _____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 11.^a ed. São Paulo: RT, 2009;
- _____; GOMES, Luiz Flávio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juízados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2005;
- _____. “O sigilo financeiro e a prova criminal”. In: José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo, Quartier Latin, 2006;
- _____. *Processo penal constitucional*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2010;
- _____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2009;
- _____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.
- FERNANDES, Geórgia Bajer & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Nulidades no processo penal*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite & FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no processo penal*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción: Andrea Greppi y Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 1999;
- _____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002;
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho. Traducción: Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011;
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Traducción: Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011;
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 3. La sintaxis del derecho. Traducción: Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha & ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. “A comunicação social e a proteção da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988”. In: Alexandre de Moraes (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009;
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2008
- FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; CUSCHNIR, Camila; MOTTA, Mariana & TORRES, Camila Jorge. “Crimes societários: requisitos da denúncia conforme a lei, a doutrina e as garantias processuais”. In: Antônio Ruiz Filho & Leonardo Sica. (coord.). *Responsabilidade penal na atividade econômico-empresarial: doutrina e jurisprudência comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28.^a ed. São Paulo: RT, 2002.
- FLORIAN, Eugênio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Traducción: L. Prieto Castro. Barcelona: BOSCH, 1934.

- FONSECA, Tiago Abud da & MENDONÇA, Henrique Guelber da. “O Supremo Tribunal Federal, a restrição do *habeas corpus* e o marido traído”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 244, mar./2013.
- FONSECA, Tito Prates da. *As nulidades em face do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.^a ed. Tradução: Eduardo Jardim Morais e Roberto Cabral de Melo Machado. Supervisão: Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Apontamentos sôbre o conceito de crime no direito soviético”. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 5, 1964;
- _____. “Ilegalidade e abuso de proder na denúncia e na prisão preventiva”. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano 4, n. 13, abr.-jun./1966;
- _____. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualização: Fernando Fragoso. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. “Princípios do contraditório e da ampla defesa”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência*. Vol. 1. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- FREITAS, Edison Elias de. *Vícios da sentença civil – tentativa de sistematização*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GALLI, Ítalo. “O exame de corpo de delito e a disciplina das nulidades do Código de Processo Penal”. *Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo*, São Paulo, n. 9, jul.-ago.-set./1969.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Vol. 1, tomo 1. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná, 2010.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, s/d.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005;
- _____. “Garantias constitucionais e nulidades processuais”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 1, n. 4, maio/1993;
- _____. “Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 5, n.51, fev/1997;
- _____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012;
- _____. “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 55, jul.-ago./2005;
- _____. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965;
- _____. “Nulidades no direito contratual do trabalho”. *Revista Forense*, n. 155, set./out. 1954.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001;
- _____. GRINOVER, Ada Pellegrini & FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11.^a ed. São Paulo: RT, 2009;
- _____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997;
- _____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2005;
- _____. “O ‘modelo garantista’ de Luigi Ferrajoli”. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 3, n. 58, set. 1997;

- _____.; FERNANDES, Antonio Scarance & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho: obras completas*. Dirigido por: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- GOULART, Douglas Lima & MOYANO, Helios Nogueés. “O direito de falar por último”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 218, jan./2011.
- GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. “Crime: essência e técnica”. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, ano 5, n. 21, 2002;
- _____. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- _____. *Manual de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul.-set./1999;
- _____. “As condições da ação penal”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 15, n. 69, nov.-dez/2007;
- _____.; FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009;
- _____. “Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica”. In: Luiz Flávio Gomes (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: RT, 1999;
- _____. “Investigações pelo ministério público”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 12, n.145, dez. 2004;
- _____.; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005;
- _____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976;
- _____.; FERNANDES, Antonio Scarance & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009;
- _____.; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*. São Paulo: RT, 1980.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Revisão: Pedro aragoneses. 4ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMMERSCHMIDT, Denise; COIMBRA, Mário; MARANHÃO, Douglas Bonaldi & PRADO, Luiz Régis. *Direito de execução penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- HASSEMER, Winfried. “Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal”. *Revista Penal*, Salamanca, n. 11;
- _____. *Direito penal libertário*. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: Teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- IASEVOLI, Clelia. *La nullità nel sistema processuale penale*. Napoli: CEDAM, 2008.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução: João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira & PESSOA CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. *Manual de direito do trabalho*. Tomo I. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- KARAM, Maria Lúcia. “Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial”. In: Marcelo Lessa Bastos e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;
- _____. *Competência no processo penal*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2005;
- _____. “Fixação desmotivada da pena e nulidade parcial da sentença: uma discussão necessária”. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, ano 5, n. 50, 2002;
- _____. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. Revisão: Silvana Vieira. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: LTr, 2012.
- KNOWLES, Steven & EMANUEL, Steven L. *Criminal Procedure*. 19th ed. New York: Emanuel Publishing Corporation, 1999.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: RT, 1991.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3.^a ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.
- LAGRASTA NETO, Caetano. “Sentença inexistente e a súmula 160 do STF”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 7, n. 79, jun./1999.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Do despacho saneador no processo penal brasileiro*. Recife: Imprensa Universitária, 1964.
- LEITE, Armando Roberto Holanda. *Dos fatos e atos jurídicos*. São Paulo: Cortez, 1980
- LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. 8.^a ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1973.
- LETO, Caetano. *As nulidades no processo penal*. Tradução: Theotônio Freire. Natal: Augusto de Leite, 1911.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo penal juvenil: a garantia na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- LIMA, Arnaldo Siqueira de. “Vícios do inquérito maculam a ação penal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 7, n. 82, set./1999.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (código de trânsito) e da jurisprudência atual*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2000.
- LOPES JÚNIOR, Aury & BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- _____. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005;
- _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LOPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales em La doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- LORENCES, Valentín H. & TORNABENE, María Inés. *Nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Universidad, 2005.
- LORENZETTI, Ari Pedro. *As nulidades no direito do trabalho*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2010.
- LOUREIRO, Antonio Tovo & CARVALHO, Salo de. “Nulidades no Processo Penal e Constituição: Estudo de Casos a Partir do Referencial Garantista”. In: Diogo Malan & Geraldo Prado (coord.). *Processo penal e*

- democracia*: estudo em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9.^a ed. Barueri: Manole, 2010.
- MACHADO, Naira Blanco. “Ponderações sobre a (in)existência de uma teoria geral do processo e as finalidades do processo penal. *Ciências penais*, São Paulo, ano 7, vol. 13, jul.-dez./2010.
- MAGLIOCCA, Giuseppe. “Le nullità”. In: Geobanni Dean (curatore). *Trattato di procedura penale*. Volume primo (doggetti e atti). Tomo II (Gli atti). Torino: UTET Giuridica, 2008.
- MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. I. Tradução: Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MALAN, Diogo Rudge. “Defesa penal efetiva”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 3, vol. 4, jan.-jun./2006; _____. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. Tese (Titularidade) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*. Vol. 3. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1932.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 14.^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARANHÃO, Délio. “Contrato de Trabalho”. In: Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Lima Teixeira & Segadas Vianna. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I. 17.^a ed. São Paulo: LTr, 1997.
- MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário; HAMMERSCHMIDT, Denise & PRADO, Luiz Régis. *Direito de execução penal*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2013.
- MARDER, Alexandre S. *Das invalidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. “Consequências do desatendimento das normas constitucionais de competência em matéria penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56, set.-out./2005.
- MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Revisão e atualização: José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000; _____. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. Atualização: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. 3.^a ed. Campinas: Millennium, 2009.
- MARQUES TOVO, João Batista & TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: RT, 2010.
- MARTINS, Leonardo & DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2.^a ed. São Paulo, RT, 2009.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2002.
- MASSARI, Eduardo. *Il Processo Penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934.
- MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. 3.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 3.^a ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: RT, 1998; _____. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: RT, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELO, Marcos Bernandres de. *Teoria do fato jurídico*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

- MENDES, Gilmar Ferreira. “A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202”. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 3, v. 2, 1994;
- _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Henrique Guelber da & FONSECA, Tiago Abud da. “O Supremo Tribunal Federal, a restrição do *habeas corpus* e o marido traído”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 21, n. 244, mar./2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. Atualizadores. Marcos Bernardo de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. Vol. 1. 39.ª ed. Atualização: Ana Cistina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 21.ª Ed. São Paulo: RT, 1993.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3.ª ed. Barueri: Manole, 2005.
- MOTTA, Mariana; CUSCHNIR, Camila; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu & TORRES, Camila Jorge. “Crimes societários: requisitos da denúncia conforme a lei, a doutrina e as garantias processuais”. In: Antônio Ruiz Filho & Leonardo Sica. (coord.). *Responsabilidade penal na atividade econômico-empresarial: doutrina e jurisprudência comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Alteração de competência da justiça militar”. In: Jaques de Camargo Penteado (coord.). *Juiz penal – 7: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquérito, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crim* São Paulo: RT, 2000;
- _____. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 (reimpressão da 1.ª edição);
- _____. & SAAD, Marta. “Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial”. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho & Marcus Alan de Melo Gomes. *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos de Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- _____. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. “Direito ao silêncio no interrogatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, abr.-jun./1994;
- _____. “Generalidades”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2004;
- _____. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. “*Habeas corpus* e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição”. In: Jaques Camargo penteado (coord.). *Justiça penal – 5: tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: RT, 1997;
- _____. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001;
- _____. “Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário”. In: *Heloísa Estellita Salomão* (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo, Dialética, 2001;
- _____. “Necessidade de ampliação da suspensão condicional do processo”. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 327-329;
- _____. “Os sistemas de persecução penal e seus órgãos de acusação”. *Criminalia*, México, ano LXIX, n. 2, mai.-ado./2003.
- MOYANO, Helios Nogués & GOULART, Douglas Lima. “O direito de falar por último” *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 218, jan./2011.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Lealdade processual: elementos da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NASSIF, Aramis. *Considerações sobre nulidades no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11.ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11.ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- NINNO, Jefferson. “Ação penal pública incondicionada”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

- NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NOHARA, Irena Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 22.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAES, André Santos. *Comentários e anotações sobre o processo penal de Jesus – O Galileu – nulidades, ilegalidades, arbitrariedades e abusos praticados dois mil anos atrás*. São Paulo: Ltr, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2003;
- _____. *Individualização da penal*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2007;
- _____. *Provas no processo penal*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2011;
- _____. *Tribunal do Juri*. São Paulo: RT, 2008.
- OBLIGADO, Daniel Horacio & DI MASI, Geraldo Ramón. *Las Nulidades En El Proceso Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2011.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1996.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- OLIVEIRA, Rafael Serra. “O titubeante posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a incontestável necessidade de fundamentar-se a decisão de recebimento da denúncia”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 222, maio/2011.
- OTTONI, Carlos Honorio Benedicto. *Nullidades do processo criminal ou compilação de accórdãos dos Tribunaes Superiores do Imperio*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laermmert, 1876.
- PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.
- PASCHOAL, Janaina Conceição & PASCHOAL, Jorge Coutinho. “A constituição do crédito tributário, a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 194, jan./2009;
- _____. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003;
- _____. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011;
- _____. “Novo Código Penal exagera na criação de mais crimes”. *A Folha de São Paulo*, São Paulo, 18/06/2012, p. 12;
- _____. “Que os próximos 20 anos sejam crescentemente democráticos”. In: Alexandre de Moraes (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 360;
- _____. Sem título. In: “EXCLUSIVO. Relato de uma uspiãna muito estranha. Ou: O ‘território livre’ se encontra com o Construtivismo na Terra do Nunca”. <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/>;
- _____. “Terrorista é criminoso. Criminoso não é coitado. Também não é herói”. *Revista Liberdades*, IBCCrim, v. 3, 2010;
- _____. “Tribunal de Justiça”. *Boletim do IBCCrim* São Paulo, ano 20, n. 245, abr./2013 (Caderno de jurisprudência: anotação de julgado).
- PASCHOAL, Jorge Coutinho & PASCHOAL, Janaina Conceição. “A constituição do crédito tributário, a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 194, jan./2009;
- _____. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. “Lei de imprensa: perplexidades decorrentes do julgamento da ADPF 130-7/DF, pelo Supremo Tribunal Federal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 210, maio/2010;
- _____. “Transação penal: abusividade de sua proposta se inexistente justa causa para a ação penal”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 8, vol. 15, jul-dez./2011.
- 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.
- PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda (org.). *AP 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: *LiberArs*, 2013.

- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2007;
- _____. *Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2001.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Nulidades no processo do júri*. Bauru: Edipro, 1999.
- PELLINGRA, Benedetto. *Le nullità nel processo penale – Teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. 22.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;
- _____. *Instituições de direito civil*. Vol. II. Revisão e atualização: Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 22.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PESSOA CAVALCANTE, Jouberto de Quadros & JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Manual de direito do trabalho*. Tomo I. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: RT, 2004;
- _____. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1999.
- PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. São Paulo: RT, 1987.
- PISANI, Mario et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8.^a ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2008.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos & MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Habeas corpus e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição”. In: Jaques Camargo penteado (coord.). *Justiça penal – 5: tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: RT, 1997;
- _____. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2005;
- _____. *Processo penal: prova e verdade*. Tese (Doutorado) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2003.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008;
- _____. *Inimputabilidade e processo penal*. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007;
- _____. “Os efeitos do Código Civil junto ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 41, set.-dez./2004.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 4.^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. 2.^a ed. Campinas: Millennium, 2003.
- PRADO, Luiz Regis; COIMBRA, Mário; HAMMERSCHMIDT, Denise & MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Direito de execução penal*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2013;
- _____. *Direito penal do ambiente*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2012.
- PUIGVERT, Sílvia Pereira. *La ineficacia de los actos procesales: sistematización y clarificación de conceptos*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. “Os abusos no indiciamento indireto”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 223, jun./2011.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- RAÓ, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 1999.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002;
- _____. *Lições preliminares de direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002;
- _____. *Revogação e anulamento dos atos administrativos*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- REALE JÚNIOR, Miguel. “Eu não disse?”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, A-2, 06.06.2009;
- _____. *Instituições de direito penal*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009;
- _____. “Restrição ilegal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 20, n. 245, abr./2013;
- _____. “Simplificação processual e desprezo ao direito penal”. *Ciências penais*, São Paulo, ano 5, n. 9, jul.-dez./2008;

- _____. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998.
- RIBEIRO, José do Espírito Santo Domingues. *A denúncia e suas nulidades: teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: RT, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUEZ, Gerardo Walter & DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo. *Nulidades en El Proceso Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1982.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. “Tiro no pé”. *A Folha de São Paulo*, São Paulo, A-3, 04.03.2008.
- ROMERO, G. Sebartián. “Ineficacia expansiva de los actos procesales”. *Pensamiento penal y criminológico: revista de derecho penal integrado*, Córdoba, ano v, n. 8, 2004.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25.^a edición alemana: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003;
- _____. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luis Greco. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUSSO, Luciana. *Exame de corpo de delito no direito processual*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2005.
- SAAD, Marta & MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial”. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho & Marcus Alan de Melo Gomes. *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos de Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- _____. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.
- 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, jul.-set./2002.
- SALES, José Roberto da Cunha. *Nullidades dos actos do processo criminal*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884.
- SALGADO FILHO, Nilo Spinola. *Contrato administrativo: efeitos da invalidação*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.
- SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTORO, Antonio. “A ‘nova’ lacuna no sistema legal de nulidades causada pela reforma processual”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 194, jan./2009;
- _____. & SANTOS, Rodolfo. “A validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 210, maio/2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.^o vol. Revisão e tradução: Aricê Moacyr Amaral Santos. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANTOS, Rodolfo & SANTORO, Antonio. “A validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 17, n. 210, maio/2010.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Curatore: Carmine Punzi. 9.^a ed. Padova: CEDAM, 1981.
- SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SENNA, Gustavo & BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004;
- _____. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008.
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Mas Limonad, 2001.

- SILVA, Danielle Souza de Andrade. “Decisão proferida por justiça incompetente: nulidade ou inexistência?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 68, set.-out./2007.
- SILVA, José Afonso da. “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?” (Parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, jul.-ago/2004.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.
- SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2.^a ed. São Paulo: Magalhães, 1937.
- SOARES, Luiz Antonio. *Iniciação ao estudo das nulidades processuais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, s/d.
- SOBRINHO, Mário Sérgio. *A indetificação criminal*. São Paulo: RT, 2003.
- SOUZA, Alexander Araujo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SPENDER, J. R. “Prova”. In: Mireille Delmas-Marty (coord.). *Processos penais da Europa*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr; colaboração: Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- STOCO, Rui. “Ato nulo, anulável e inexistente”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 4. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004;
- _____. “Introdução ao estudo das nulidades”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. Vol. 4. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SUANNES, Aduino. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.
- SZAFIR, Alexandra Lebelson. *desCasos: uma advogada às voltas com o direito dos excluídos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. “Crimes tributários: consumação, prescrição e a proposta de súmula vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 197, abr./2009.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- TARANTINI, Ricardo Santiago & DESIMONI, Luis María. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia*. Problemática del Mercosur. Internalización del delito. Buenos Aires: Depalma, 1998;
- _____. & DESIMONI, Luis María. *Las Nulidades en el Proceso Criminal: a la luz de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional*. Catamarca: Editorial policial, 1996
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975;
- _____. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione di fatti*. Roma-Bari, Laterza, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TAVARES, Juarez. Prefácio. In: Helena Regina Lobo da Costa. *Dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.
- TEISHEINER, José Maria Rosa & BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TEIXEIRA, Francisco Dias. “Indiciamento e presunção de inocência”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 6, n. 71, out./1998.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 42.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 9.^a ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- TORNABENE, María Inés & LORENCES, Valentín H. *Nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Universidad, 2005.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

- TORRES, Camila Jorge; CUSCHNIR, Camila; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu & MOTTA, Mariana. “Crimes societários: requisitos da denúncia conforme a lei, a doutrina e as garantias processuais”. In: Antônio Ruiz Filho & Leonardo Sica. (coord.). *Responsabilidade penal na atividade econômico-empresarial: doutrina e jurisprudência comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. “Extinta a punibilidade, réu absolto”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 221, abr./2011.
- TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el proceso penal*. 5.^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 1. 32.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010; _____ . *Processo penal*. Vol. 3. 32.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TOVO, Paulo Cláudio & MARQUES TOVO, João Batista. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil* (Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus). Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987; _____ . & AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. “Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo”. In: José Henrique Pierangeli (coord.). *Direito Criminal*. Vol. 3. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; _____ . *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2009; _____ . *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004; _____ . *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- VEIGA, Catarina. *Considerações sobre a relevância dos antecedentes do arguido no processo penal*. Coimbra: Almedina, 2000.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte geral. Vol. 1. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A actio nullitatis insanabilis*. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006; _____ . *Arbitragem e nulidades: uma proposta de sistematização*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: RT, 2003.
- VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*. Tese (Livre Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, s/d.
- VILARDI, Rodrigo Garcia. *Redução da insegurança pública: política pública de segurança ou política de segurança pública*. Estudo de caso. Dissertação (Mestrado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.
- VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onix, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 2004.
- YARSHELL, Flávio Luiz & ZUFELATO, Camilo (orgs.). *40 anos de teoria geral do processo: passado, presente, futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1999; _____ . “Sobre este Direito Penal Brasileiro”. In: Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício & MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Direito ao silêncio no interrogatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, abr.-jun./1994; _____ . “Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: dos inexistentes poderes investigatórios do Ministério Público”. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, n. 78, 2004; _____ . *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000;

- _____. “Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente do que o futuro {nova regulamentação do interrogatório e sua aplicabilidade na fase pré-processual}”. In: Flávio Luiz Yarshell & Maurício Zanoide de Moraes. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005;
- _____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- _____. “Processo ideal é o que combate o crime e resguarda o cidadão”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 2, n. 12, jan./1994;
- _____. “Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira”. In: Antonio Scarance Fernandes, José Raúl Gavião de Almeida & Maurício Zanoide de Moraes (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003;
- _____. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006;
- _____. “As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal: duas cabeças, duas sentenças”. In: Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.). *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- _____. BETANHO, Luiz Carlos. “Da prescrição”. In: Alberto Silva Franco & Rui Stoco (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2007;
- _____. “Liberdade! Abre as asas sobre nós!”. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 91, jun./2000.
- ZUFELATO, Camilo & YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos de teoria geral do processo: passado, presente, futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.