

NULIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. Regras gerais do Código de Processo Penal e do Projeto 156. A necessária leitura do sistema de invalidades à luz das categorias próprias do Processo Penal.

Guilherme Rodrigues Abrão, advogado criminalista, Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal Empresarial (PUC/RS) e em Ciências Criminais (Rede LFG).

Renata Jardim da Cunha Rieger, advogada criminalista, Mestranda em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade IDC).

I Noções gerais

Seguindo os ditames de um Estado Democrático de Direito, pautado por uma Constituição Federal asseguradora de direitos e de garantias fundamentais, faz-se necessário que haja, no ordenamento jurídico, em especial no Código de Processo Penal, regramentos básicos sobre a questão das invalidades dos atos processuais. Nessa linha, é possível afirmar que, portanto, “o legislador processual adotou o princípio da legalidade dos atos processuais”¹, no qual “a tipicidade das formas é uma garantia para as partes e para a correta prestação jurisdicional”.²

O instituto das nulidades, que se irradia do próprio princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição), vem consagrado no Código de Processo Penal (arts. 563 / 573) e pode-se ser compreendido, como comumente o é pela doutrina pátria, em quatro espécies, a saber: 1) irregularidades, 2) nulidades relativas, 3) nulidades absolutas e 4) atos inexistentes, pois, como observa Gustavo Badaró, “o ato típico é aquele que em sua prática obedece a todos os requisitos do modelo previsto em lei. Já a atipicidade pode variar em sua intensidade”.³

Todavia, em virtude das recentes e pontuais alterações processuais ocorridas em 2008, é preciso que se destaque a cautela de Aury Lopes Júnior, ao “criticar (novamente) o sistema de reformas pontuais no processo penal, pois a inconsistência sistêmica novamente se manifesta quando analisamos a teoria das invalidades processuais”.⁴ Dessa feita, a análise das teorias da invalidade dos atos processuais deve ser feita de acordo com a casuística, pautando-se pelo Código de Processo Penal, mas sem descuidar-se dos ditames constitucionais⁵.

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 177.

² Idem. p. 177. Ainda nessa linha, Aury Lopes Júnior leciona que “não há como pensar-se um sistema de nulidade desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária. (...) O ponto nevrálgico nessa matéria é que nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta e à luz da principiologia constitucional” LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. v. 2. p. 386.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 178.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 381.

⁵ “Da ideia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do ‘devido processo legal’ como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do

I. I – Meras irregularidades

Nas (meras) irregularidades é possível afirmar que a intensidade da atipicidade é mínima, ou seja, o defeito do ato é de mínima relevância e não afeta de sobremaneira o curso natural do devido processo (penal). Daí que “as irregularidades são concebidas como defeitos de mínima relevância para o processo, que em nada afetam a validade do ato”.⁶

Dessa forma, o ato processual irregular (por exemplo, erros de grafia sobre a identificação do acusado; inobservância de prazos para oferecimento de denúncia ou para a prática de certos atos processuais pelo juiz), justamente por apresentar mínima relevância, gerará efeitos e não irá macular o processo penal, pois não há, nesses casos, violação de preceitos constitucionais que balizam o devido processo (penal), não se questionando, portanto, a sua validade. Note-se, então, que o ato meramente irregular, consistente em um simples ato defeituoso, e por ser de mínima relevância para o processo, não irá dar margem a sua invalidade⁷.

I. II – Atos inexistentes

Se as meras irregularidades não afetam o devido processo legal, o contrário pode ser dito acerca dos atos inexistentes, pois, nesses casos, não há que se falar em defeito, mas sim em falta ou ausência, haja vista que, no plano da “inexistência”, teoricamente “concebido como a ‘falta’ (e não como ‘defeito’, ainda que muitos confundam defeito com falta) de elemento essencial para o ato, que sequer permite que ele ingresse no mundo jurídico, ou ainda, o suporte fático é insuficiente para que ele ingresse no mundo jurídico”.⁸

Ainda que pareça lógico e evidente, é preciso asseverar que os atos inexistentes não ingressam no plano jurídico e, portanto, não há que falar-se em invalidade, pois, ora, o que não existe não pode ser avaliado como válido ou inválido. A inexistência do ato é preexistente à questão da validade, ou seja, somente será declarado válido ou inválido aquilo que exista, e tal não é o caso quando se trata de atos inexistentes (como por exemplo, sentença sem dispositivo; sentença proferida por outra pessoa que não magistrado).

exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 27.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 382. É também dizer, com as palavras de BADARÓ, que “a atipicidade do ato processual pode ser irrelevante, caracterizando-se como mera irregularidade que não impede que o ato produza seus efeitos processuais” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 178.

⁷ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover e de Antônio Scarance, “[...] existem situações em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, não chegando a descaracterizar o ato; tem-se aí a mera irregularidade, que não afeta a validade do ato processual, porque a forma, como já dissemos, não é um fim em si mesma” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 23.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 383.

Nesse sentido, cumpre transcrever as lições de Pontes de Miranda⁹:

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo o que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco a respeito do que não existe: se não houve o ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, jurídicos.

Enfim, é evidente que “os atos inexistentes são não-atos, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência é um problema que antecede a questão da validade. Não há que se falar em nulidade do ato inexistente”.¹⁰ Assim, reitera-se: não se discute a validade / invalidade dos atos inexistentes, pois a sua inexistência é prévia a tal questão, bem como, em tese, jamais poderá um ato inexistente causar efeitos processuais (daí que prescinde de declaração judicial). Todavia, se causar efeitos (como por exemplo, alguém preso em virtude de uma sentença penal condenatória proferida por alguém sem jurisdição) necessitará, evidentemente, de declaração judicial para que se determine sua inexistência e conseqüente reconhecimento de que não produz efeitos.

I.III – Nulidades absolutas e relativas

No entremeio das meras irregularidades e dos atos inexistentes, a doutrina encontra as nulidades absolutas e relativas, que irão diferenciar-se, entre outros fatores, especialmente, devido ao seu grau de intensidade da atipicidade processual, como se passa a demonstrar.

I.III. I. Nulidades absolutas

As nulidades absolutas são aquelas que apresentam um grave defeito e maculam indelevelmente algum dos princípios constitucionais que norteiam o devido processo penal, sendo, portanto, “aquela que decorre da violação de uma determinada forma do ato, que visava à proteção de interesse processual de ordem pública. No processo penal há nulidade absoluta toda a vez que for violada uma regra constitucional sobre o processo”.¹¹

Nessa senda, é possível identificar que tais nulidades violam normas que tutelam verdadeiro interesse público ou ainda, como referido, acabam por violar determinado princípio constitucional. Assim, justamente por apresentar relevante interesse público e ser tida como insanável (pois não se convalida, e muito menos é convalidada pela preclusão), tais nulidades podem ser declaradas de ofício pela autoridade judicial e em qualquer grau de jurisdição (ou ainda, é claro, por meio de provocação da parte interessada), não sendo necessário demonstrar-se qualquer prejuízo, pois se trata de prejuízo presumido.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tradado das Ações**. Tomo IV. Ações constitutivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 34.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 179.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 180.

I.III. II. Nulidades relativas

Já as nulidades relativas, segundo a doutrina majoritária, são aquelas mais graves que os atos meramente irregulares, mas que não chegam a macular matéria de ordem pública, sendo, portanto, menos graves que as nulidades absolutas. É, nesse sentido, “aquela que decorre da violação de uma determinada forma do ato que visa à proteção de um interesse privado, ou seja, de uma das partes ou de ambas”.¹²

Assim, compreende-se que as nulidades relativas, ao contrário das absolutas, seriam aquelas que violam normas que tutelam o interesse privado das partes e que não podem ser declaradas de ofício, sendo fundamental a provocação da parte interessada, sob pena de ocorrer sua convalidação. Além do mais, diz-se, com frequência, que é preciso que a parte suscitante demonstre o prejuízo sofrido, conforme art. 563 do Código de Processo Penal (lógica essa inversa a das nulidades absolutas, pois o prejuízo em tais casos seria presumido, não havendo necessidade de ser demonstrado).

A classificação não parece adequada. Isso porque, como bem observa Aury Lopes Júnior, as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, sendo recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa aquilo que é, indubitavelmente, uma nulidade absoluta. Ou seja: “a categoria de nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo”.¹³

II – O regime das nulidades no Código de Processo Penal e no projeto de reforma 156

II.I O princípio do prejuízo ou da instrumentalidade das formas

O art. 563 do Código de Processo Penal estabelece que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Em tese, tal princípio somente seria aplicável aos casos de nulidade relativa, nos quais seria exigida a demonstração do efetivo prejuízo para a nulidade do ato ser declarada, o que, como visto anteriormente, não precisaria ocorrer em casos de nulidades absolutas, pois o prejuízo seria presumido.¹⁴

Lamentavelmente, na seara processual penal, muitas vezes opera-se na lógica de que os fins justificam os meios, ou seja, cumprida a finalidade do ato praticado, independentemente de como se tenha procedido (com ou sem violação às normas cogentes), estará a ser um ato juridicamente válido. É assim dizer, “segundo o princípio da instrumentalidade das formas, não se anula um ato se, embora praticado em

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 181.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 385.

¹⁴ Em sentido contrário é o posicionamento de BADARÓ, pois para o autor “toda nulidade exige um prejuízo” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 189. Aury Lopes Júnior ensina que “no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma 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 de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência” LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 389.

desacordo com a forma prevista em lei, atingiu seu fim. A razão pela qual a forma foi instituída acabou sendo cumprida”.¹⁵

Ademais, consoante a doutrina majoritária, só se anula um ato se do defeito ou da sua atipicidade ocorreu efetivo prejuízo para uma das partes (ou até mesmo para ambas as partes), ou seja, importou-se das categorias de processo civil para o processo penal o postulado do “pas nullité sans grief”¹⁶. Desta forma, e em conformidade com o art. 563 do Código de Processo Penal, é preciso que a nulidade do ato resulte em efetivo prejuízo para a (s) parte (s), sendo que “se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido”.¹⁷

Há que se ter que, partindo-se da premissa de que forma é garantia no processo penal (Aury Lopes Júnior), um ato eivado de nulidade, seja absoluta seja relativa, irá ocasionar inevitavelmente um prejuízo, pois, desde logo, macula o princípio constitucional do devido processo legal, sem prejuízo de que outros princípios constitucionais e demais normas infraconstitucionais sejam também maculados. Ocorre que, em casos de nulidades absolutas e relativas haverá, como mencionado, inevitavelmente prejuízo às partes, mas não caberá a elas a demonstração do efetivo prejuízo.

Isto é, deve - ou ao menos deveria - ficar a cargo do próprio magistrado a demonstração de que o ato de questionável validade acarretou ou não em prejuízo às partes. Não cabe, portanto, ao acusado (ou a própria parte acusadora) o ônus de demonstrar o prejuízo resultante de um determinado ato.

Este entendimento coaduna-se com o que leciona Aury Lopes Júnior¹⁸:

[..] 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.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 188. Aury Lopes Júnior atenta para o fato de que “o problema está na manipulação feita em torno dessa concepção, por parte de quem julga, que encontra um terreno fértil para legitimar o que bem entender. (...) O que se entende por finalidade do ato? Nós pensamos que a finalidade do ato processual cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia ao princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do princípio constitucional (nela contido)” LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 388.

¹⁶ É o que leciona Grinover ao frisar que o princípio do prejuízo seria a viga mestre do sistema de nulidades e que “sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: ‘pas de nullité sans grief’” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 31/32.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 189.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 389. É também o que ensina BADARÓ ao estabelecer: “O ponto mais importante é que, seja nas chamadas nulidades absolutas (insanáveis), seja nas nulidades relativas (sanáveis), a parte que for prejudicada pela nulidade não precisa demonstrar o prejuízo. Se há um modelo, ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitado, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil. (...) a eficácia do ato ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 189 / 190.

Dessa forma é que será possível trabalhar com o princípio do prejuízo e da instrumentalidade das formas, a fim de que não sejam violados princípios básicos de um processo penal igualitário e justo, no qual a lógica imperativa deve ser a de que os meios é que justificam os fins; e para tanto, os meios - leia-se no caso os atos processuais - devem ser praticados de acordo com as formalidades exigidas pela Constituição e pelo próprio Código de Processo Penal.

Apesar disso, o projeto de reforma do Código de Processo Penal consagra o entendimento majoritário:

Art. 154. A declaração de nulidade e a invalidação do ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração concreta do prejuízo ao regular e efetivo exercício de direito ou de garantias processuais das partes, observando-se, ainda e especialmente, as seguintes disposições:

I – Nenhum ato será declarado nulo, se dá irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa;

II – Não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, preservada a amplitude de defesa.

Verifica-se, então, que a lógica do princípio do prejuízo também foi mantida no Projeto 156, bem como ainda acrescentou-se que a declaração da nulidade dependerá da sua influência na apuração da verdade substancial¹⁹ ou na decisão da causa, o que, certamente, dará margem a muitas interpretações, podendo aqui justificar-se até mesmo o injustificável à luz de um punitivismo exacerbado. Da mesma forma, manteve-se o princípio da instrumentalidade, segundo o qual se o ato praticado atingiu sua finalidade, não há que se falar em nulidade, ou seja, continua-se na lógica de que os fins justificam os meios, mas com a inovação de que seja preservada a amplitude de defesa.

Outra questão que decorre é da própria interpretação do “caput” do artigo, uma vez que dispõe que “a declaração de nulidade e a invalidação do ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado”. Poder-se-ia cogitar então que até mesmo as nulidades absolutas deveriam ser alegadas pelas partes, não mais podendo ser declaradas de ofício pela autoridade judicial a qualquer tempo e a qualquer grau de jurisdição? Em outras palavras, também as nulidades absolutas se não alegadas pela parte interessada viriam a precluir, como tal ocorre nas nulidades relativas?

II.III Da previsão de rol taxativo ou exemplificativo das nulidades absolutas ou relativas

O Código de Processo Penal, em seu art. 564, estabelece algumas hipóteses em que poderá ocorrer a nulidade do ato processual, sendo que parte da doutrina indica como sendo nulidade absoluta os casos elencados nos incisos I, II e III, alíneas a, b, c, e (primeira parte), f, i, j, k, l, m, n, o e p, enquanto que as nulidades relativas seriam aquelas previstas no inciso III, alíneas d, e (segunda parte), g e h, além do inciso IV. Desde logo cabe observar que, diante do contexto constitucional do processo penal, o

¹⁹ Sobre o uso de expressões como “verdade substancial” ou “verdade real” mister destacar a crítica de Aury Lopes Júnior ao reconhecer a “imprestabilidade jurídica e científica deste conceito” LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 387.

rol de nulidades do art. 564 é (ou ao menos deveria ser visto) como meramente exemplificativo, e jamais taxativo²⁰.

Nesse ponto, é fundamental a crítica de Aury Lopes Júnior no sentido de que o art. 564 é, atualmente, “imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas.” Segundo o autor, quando muito “serve de indicativo, a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos”.²¹

Assim, não se pode conceber o reducionismo e simplificação do rol de nulidades elencados no art. 564, sendo fundamental que a (a)tipicidade do ato processual seja vista sob o aspecto dos princípios constitucionais, respeitando-se, portanto, o devido processo legal, a fim de que não se feche “os olhos para situações de grave ilegalidade que, ao não estarem previstas na lei, permanecerão inalteradas no processo, comprometendo-o”.²²

O projeto de reforma do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 155. Serão absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação essencial aos princípios fundamentais do processo penal, notadamente:

I – a não-observância da garantia dos prazos e da intervenção da acusação e da defesa no processo;

II – o desrespeito às regras de suspeição e impedimentos do juiz;

III – a obrigatoriedade das motivações das decisões;

IV – às disposições constitucionais relativas à competência jurisdicional.

§1º Sem prejuízo do disposto no art. 124, as medidas cautelares ordenadas por juiz ou tribunal cuja incompetência territorial ou constitucional tenha sido reconhecida, poderão ser ratificadas ou, se for o caso, renovadas, por aqueles que prosseguirem no processo

§2º Ainda quando absolutamente nulos, o juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa.

Andou bem o Legislador ao utilizar a expressão “notadamente” no “caput” do art. 155. Isso porque afastou qualquer interpretação no sentido de considerar taxativo o rol dos incisos.

II.IV. Princípio do interesse

O art. 565 do Código de Processo Penal estabelece o chamado princípio do interesse, aplicável, segundo a doutrina majoritária, tão-somente às nulidades relativas, pois, em se tratando de nulidades absolutas, prevalece o interesse público na sua

²⁰ O entendimento majoritário, contudo, é de que o rol é taxativo. Neste sentido: “Sob outro aspecto, convém deixar bastante evidenciado que a taxatividade, ou o ‘*numerus clausulus*’ que estabelece as causas de nulidade, não comporta interpretação extensiva e mesmo a analogia. O próprio princípio da legalidade deixa enfatizada esta circunstância, uma vez que, se assim não fosse, ele perderia sua eficácia como norma processual garantidora da estabilidade da relação jurídico-processual, da ‘*res iudicata*’ e mesmo da economia processual que lhe é inerente”: MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 58. No mesmo sentido: FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. V.II. arts. 251 a 667. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960. p. 293. CONSTANTINO, Lucio Santoro. **Nulidades no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006 p. 70.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 385. Ainda o autor afirma que “a classificação das nulidades em cominadas e não cominadas é infeliz, pois incide no erro da presunção de completude e legalidade das normas processuais penais” (idem, p. 386).

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 386.

decretação²³. Assim, referido dispositivo define que “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”.

Compreende-se que a parte que deu causa, ou ainda que concorreu para a causa, não poderá vir a alegar a nulidade do ato processual, ante à ausência de interesse para tanto. O projeto de reforma aqui estudado, em redação semelhante, optou por somente acrescentar algo inovador ao estabelecer que, no art. 156, que “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse, ressalvada a função ‘custus legis’ do Ministério Público”.

Assim, mantém-se a lógica de que “trata-se, como se percebe à primeira vista, de disposição relacionada às nulidades relativas, porquanto somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de argüição do interessado”, pois na nulidades absolutas “o vício atinge o próprio interesse público, razão pela qual deve ser reconhecido pelo juiz, independentemente de provocação”.²⁴

II.V. Convalidação dos atos nulos / anuláveis

Diz-se, comumente, que os atos nulos, referentes às nulidades absolutas, não se convalidam, pois dizem respeito à matéria de ordem pública, podendo, inclusive, ser declarados nulos a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição e de ofício pela autoridade judicial, sem que haja necessidade de postulação de uma das partes. Então, “a convalidação pela preclusão só se aplica às nulidades relativas. Quanto às absolutas, o juiz pode decretá-las de ofício, a qualquer tempo antes do trânsito em julgado”.²⁵

Já as nulidades relativas poderão vir a ser convalidadas, caso não sejam argüidas na forma e no prazo do art. 571 do Código de Processo Penal. Todavia, cabe trazer a advertência de Aury Lopes Júnior, haja vista que “o art. 571 ficou seriamente prejudicado pela Lei 11.719, que alterou substancialmente os procedimentos, eliminando a estrutura anterior, das alegações finais escritas dos arts. 406 e 500”.²⁶

No que tange ao projeto de reforma do Código de Processo Penal, estabelece o art. 159 a necessidade de as nulidades relativas serem argüidas:

Art. 159. As nulidades que dependam de provocação dos interessados deverão ser argüidas até antes do início da audiência de instrução e julgamento, salvo quando posteriores a ela, quando deverão ser objeto de manifestação na primeira oportunidade em que falarem nos autos.

Portanto, em se tratando de nulidades relativas, opta, mais uma vez, o Legislador por exigir que sua argüição seja feita em um, ou até um, determinado momento

²³ “O princípio do interesse aplica-se somente às nulidades relativas. Quanto às nulidades absolutas, por se originarem da violação de uma forma instituída pelo interesse público, também é do interesse público sua decretação. Ao mais, podendo o juiz reconhecê-la de ofício, mesmo que a parte não tivesse ‘interesse’ em alegar a nulidade, poderia dar ciência da ocorrência da mesma ao juiz que, então, teria o dever de declará-la de ofício” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 37.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 193.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 387.

processual, a fim de que não haja sua preclusão, com o conseqüente saneamento do ato processual (conforme art. 572 do Código de Processo Penal).

III. Análise do sistema de nulidades à luz das categorias próprias do Processo Penal.

III.I Crítica à Distinção entre Nulidade Absoluta e Relativa

Conforme amplamente abordado, a doutrina majoritária distingue a nulidade absoluta da relativa. Naquela situação, compreende-se que a gravidade do ato viciado é flagrante e que a sua permanência no processo acarreta prejuízo do contraditório ou da justiça da decisão. Mais: entende-se que o vício atinge o próprio interesse público da correta aplicação do direito, podendo o julgador declará-la de ofício. No que tange à nulidade relativa, compreende-se que é necessária a demonstração do prejuízo e, ainda, que não pode ser reconhecida pelo juiz sem pedido expresso das partes²⁷.

Aury Lopes Júnior critica, acertadamente, esta classificação. O autor considera a categoria de nulidades relativas absolutamente imprestável ao processo penal, pois tem um gravíssimo vício de origem: nasceu e se desenvolveu no direito civil, sendo transplantada ao processo civil e, depois, ao processo penal²⁸. Acrescenta que não se deve falar em interesses públicos e privados em um processo penal, sendo inadmissível compreender que os direitos do acusado seriam uma dimensão privada e, portanto, o seu desrespeito implicaria nulidade relativa. “Isso porque a proteção do réu é pública, porque são públicos os direitos e garantias que o tutelam.”²⁹

Partindo-se desta compreensão, mudam muitas das respostas que vêm sendo dadas às questões acima pela doutrina tradicional. Passa-se a analisar, de forma sucinta, algumas delas:

O juiz deve conhecer de ofício a nulidade?

Conforme demonstrado, doutrina e jurisprudência majoritárias compreendem que a nulidade absoluta deve ser declarada de ofício, enquanto que a relativa somente será decretada com a demonstração de prejuízo. Mais: não sendo esta argüida no momento oportuno, haverá preclusão, portanto, há prazo para ser declarada³⁰. Esta compreensão, vale lembrar, foi adotada pelo art. 154 do Projeto.

Este entendimento, contudo, é equivocado: o juiz, em um processo penal, deve atuar como garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais, zelando pela forma/ garantia. E, como bem observa Aury Lopes Júnior, “a qualquer momento, independentemente da postulação da defesa, ele pode verificar que determinado ato defeituoso lesa ou coloca em risco direito fundamental e determinar a repetição para sanar.”³¹ Esta compreensão é adotada, também, por Tourinho Filho, para quem, seja qual for a imperfeição do ato. “deve o juiz, dela tomando conhecimento, determinar as

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004..p. 24.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009, p. 390.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009, p. 391.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 722.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 391.

diligências necessárias, visando a afastar do processo as impurezas, escoimando-o, limpando-o, sanando-o.”³²:

A forma processual é uma garantia do Estado ou do acusado?

De longa data, compreende-se que a forma processual serve para garantir o interesse do acusado e do Estado. Nas palavras de Bento Faria³³:

E as formas do processo, conforme já dissemos, são justamente instituídas e organizadas com a finalidade de garantir o direito individual no interesse coletivo, principalmente porque, atendendo ao objetivo do procedimento penal, o seu resultado muitas vezes ou, quase sempre, há de importar no sacrifício do direito do acusado em respeito e segurança da sociedade.

Também este entendimento é inadequado, tendo em vista que o Estado tende a exceder-se na senda repressiva e que o processo penal constitui verdadeiro limite, tutelando direitos e garantias do acusado. Neste contexto, a forma processual é limite de poder e garantia para o réu. Assim sendo, todo o sistema de invalidade dos atos processuais funda-se na tutela do interesse do imputado e tem como objetivo assegurar o devido processo legal³⁴.

Tanto é assim que existem causas impeditivas de declaração de nulidade quando o ato não trazer prejuízo ao acusado. E os atos, mesmo com defeitos insanáveis, produzirão os efeitos como se válidos fossem.

Assim, por exemplo, faltando o exame de corpo de delito em um processo de homicídio e não se tratando de nenhuma das hipóteses admissíveis dos meios supletivos, ninguém terá dúvida de que se trata de nulidade absoluta. Contudo, se o procedimento seguiu os trâmites até o final e o réu logrou absolvição, tendo a sentença transitado em julgado, este processo, não obstante a eiva, é plenamente eficaz. Isso porque está protegido pelo manto da coisa julgada e, como se sabe, no direito processual penal brasileiro, não cabe revisão criminal “pro societate”³⁵.

Outro exemplo que merece ser citado é a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”

É possível a convalidação dos atos processuais?

Doutrina e jurisprudência majoritárias compreendem que é possível a convalidação de nulidades relativas. Segundo Paulo Rangel³⁶:

O princípio da convalidação tem que ser visto em harmonia com os princípios da celeridade e da economia processual, pois o processo é “procedere”, caminhar, avançar, ir adiante, e não faria

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 506.

³³ FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. V.II. arts. 251 a 667. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960. p. 292.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 393.

³⁵ TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro. Novo enfoque e comentário**. Rio de Janeiro, 2008. p. 07.

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 720.

sentido declarar nulo todo o processo se a parte que tem interesse na alegação de nulidade não o fez, ou ainda, se o ato, mesmo atípico, atingiu o seu fim ou, por último, se a parte aceitou os efeitos do ato praticado em desconformidade com a lei

Este entendimento não se coaduna com a releitura que ora se faz. Neste trabalho, compreende-se legítima a idéia de sanabilidade, ou não, do defeito processual. Parte-se da premissa de que a forma processual não vale por ela mesma, não é um fim em si. Trata-se, apenas, de um meio para assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais (que na forma se efetivam), mais especificamente 1) a jurisdiicionalidade; 2) a garantia do sistema acusatório; 3) a presunção de inocência; 4) contraditório e ampla defesa e, ainda, 5) a motivação das decisões judiciais³⁷.

Nessa senda, para a discussão da sanabilidade do ato, deve-ser perquirir, inicialmente, sobre a eficácia do princípio constitucional que a forma processual tutela, sendo que:

- 1) na dúvida, sempre deve-se operar a “favor rei”, ou seja, acolhendo a irresignação da defesa;
- 2) não havendo dúvida, mas sim divergência entre o alegado pela defesa e a interpretação dada pelo juiz, vale a regra da inversão de sinais: incumbe ao juiz fundamentar porque a atipicidade não impediu a eficácia do princípio constitucional tutelado³⁸.

Logo depois, deve-se investigar 1) se o ato pode ser refeito³⁹ e, ainda, 2) se a repetição do ato gera a eficácia principiológica pretendida. Em caso positivo, tem-se um defeito sanável, não sendo necessária a decretação de nulidade. Em caso negativo, o defeito é insanável, sendo a decretação da nulidade - com a respectiva ineficácia e desentranhamento dos autos - o único caminho possível⁴⁰.

A leitura do art. 161 do Projeto 156 deve ter como ponto de partida estas concepções:

Art. 161. O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende, ordenando as providências necessárias para a sua retificação ou repetição.

O ato defeituoso contamina os subsequentes?

O art. 573 do Código de Processo Penal, como é sabido, consagra o chamado princípio da contaminação:

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 396.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 399.

³⁹ Interessante, também aqui, citar as palavras de Pontes de Miranda: “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Tôda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de ‘fallere’, como falso; ao passo que defeito vem de ‘deficio’ (facio) e sugere estar mal feito.”: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Tomo IV. Ações constitutivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 42/43.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 399.

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

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

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

O art. 160 do Projeto tem previsão semelhante:

Art. 160. A nulidade de um ato do processo, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas as hipóteses previstas neste Código.

Doutrina e jurisprudência acabam, muitas vezes, valorando os atos isoladamente, sem considerar a vinculação de todos os atos com o ato final, a sentença. Contudo, como bem observa Carlo Taormina⁴¹:

La concatenazione causale che, al pari di quanto avviene in qualsiasi fattispecie complessa a formazione progressiva, percorre l'intera fattispecie processuale, in guisa che l'atto antecedente si ponga come presupposto del successivo, fa sì che, in caso di declaratoria di nullità del primo, tutti i successivi siano destinati a cadere.

Enfim, “os atos processuais pressupõem que, durante o processo, venha a criar-se uma certa situação jurídica que somente pode constituir-se de forma válida se válidos forem os atos que a precederam, como condicionante será em relação aos atos que na seqüência venham a precedê-los.”⁴²

O reconhecimento de incompetência implica a nulidade apenas dos atos decisórios?

Como é cediço, o art. 567 do Código de Processo Penal estabelece que a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios. O art. 157 do Projeto tem redação semelhante, estabelecendo que, “reconhecida a incompetência territorial, serão anulados os atos de conteúdo decisório, podendo o juiz que prosseguir no processo ratificar os demais, bem como determinar a renovação da instrução.”

Também aqui o Projeto representou alguma evolução, pois previu a possibilidade de o juiz determinar a renovação da instrução. Todavia, restou aquém do necessário para a configuração dos princípios do juiz natural e do devido processo legal. Isso porque, uma vez reconhecida a incompetência do juiz, deve ser anulado o ato decisório e, ainda, todo o processo.

A garantia da jurisdição e do devido processo legal impõe que todo o processo - todos os seus atos - sejam praticados na frente do juiz natural, competente e de forma válida. Como bem observa Aury Lopes Júnior, essas garantias não nascem na sentença, mas quando do início do processo, com o recebimento da exordial acusatória. Assim sendo, desde o início, o réu tem a garantia de que todos os seus atos sejam praticados por um juiz competente. “Não é mera garantia de prolação da sentença, mas da jurisdição.”⁴³

⁴¹ TAORMINA, Carlo. Diritto Processuale Penale. V. II. Troino: G. Giappichelli Editore. p. 424.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 402.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 403.

Os atos defeituosos do inquérito são passíveis de decretação de nulidade?

No que tange ao inquérito policial, existem, atualmente, “dois pesos e duas medidas”: afirma-se 1) que as irregularidades do inquérito são irrelevantes porque não alcançam o processo e, ao mesmo tempo e paradoxalmente, 2) que as diligências podem ser valoradas na sentença, pois os atos do inquérito integram o processo⁴⁴.

Este entendimento é inadmissível. “O constituinte, ao não admitir provas ilícitas no processo, referiu-se a este de forma ‘lato sensu’, incluindo-se aí, portanto, o inquérito, apesar do sistema processual brasileiro ser acusatório, adotando como prova, ‘stricto sensu’, aquela produzida em juízo.”⁴⁵

Nessa senda, parece acertado o entendimento de Aury Lopes Júnior, no sentido de que a única forma de sanar um ato defeituoso do inquérito é repetindo o referido ato no processo. Em isso não ocorrendo, não só aquela diligência é nula como também contaminará a sentença que valorar este ato de investigação nulo⁴⁶. Este entendimento foi, aparentemente, consagrado no Projeto 156:

Art. 153. O descumprimento das disposições legais ou constitucionais que tenham por objeto matéria relativa ao processo ou à investigação criminal determinará a invalidade dos respectivos atos, nos limites e na extensão previstas neste Código.

Andou bem o Legislador ao reconhecer a necessidade de controle dos atos da investigação criminal: reconheceu que as provas ilícitas devem ser fulminadas de nulidade, independentemente do momento em que forem elas produzidas.

IV. Considerações Finais

Como bem observa Fauzi Choukr, a manutenção dos cânones de compreensão do sistema de nulidades – ainda apegados aos ideais inquisitivos – seguramente serve como fonte de represamento dos novos valores no processo penal. Mais: obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de obstáculo à solidificação da cultura democrática no processo penal⁴⁷.

Nesse contexto, parece que eventual publicação do Projeto 156 vem bem, pois este diploma legal demonstrou maior preocupação com os direitos fundamentais do acusado. Contudo, é necessário reconhecer que ficou, conforme demonstrado, alguém do efetivamente necessário para a solidificação de uma cultura democrática e de um processo penal verdadeiramente acusatório.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 403.

⁴⁵ LIMA, Arnaldo Siqueira de. Vícios do inquérito maculam a ação penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.7, n.82, p. 10, set. 1999.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009. p. 403.

⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.p. 881.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CONSTANTINO, Lucio Santoro. **Nulidades no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. V.II. arts. 251 a 667. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. Vícios do inquérito maculam a ação penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.7, n.82, p. 10, set. 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol II, Rio de Janeiro: lumen juris, 2009.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Tomo IV. Ações constitutivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro. Novo enfoque e comentário**. Rio de Janeiro, 2008.