

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

DANI RUDNICKI

LUCIANO FILIZOLA DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dani Rudnicki; Luciano Filizola da Silva; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-995-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

TRABALHOS APRESENTADOS NO GT 55 DO VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

APRESENTAÇÃO

Com muita alegria, realizamos mais uma edição do Encontro Virtual do CONPEDI, com o Grupo de Trabalho sobre DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO. Estando em sua sétima edição, o evento virtual, assim como os congressos presenciais do CONPEDI se consolidam como o mais importante espaço de encontro dos pesquisadores da área do Direito. Achemos salutar a continuidade dos encontros virtuais, à par com eventos presenciais. Além de promover uma oportunidade de interação com estudiosos do direito penal e processual penal, o encontro virtual facilita a participação de professores, pesquisadores e profissionais do Direito. A qualidade CONPEDI continua no seu mesmo grau de exigência para os dois formatos, tanto em relação aos painéis como em relação aos trabalhos apresentados, conforme se pode ver nos artigos apresentados, a seguir.

Daniel Nascimento Duarte, em seu trabalho intitulado “O INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA NO CONTEXTO AFIRMATIVO DA PLENITUDE DE DEFESA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: PARA ALÉM DE UM CONHECIDO” DIAGNÓSTICO, analisa a decisão de impronúncia durante os processos de crimes dolosos contra a vida e sua compatibilidade com o texto constitucional, tendo em vista a ampla defesa e as liberdades individuais, no entanto propondo não sua exclusão, mas mecanismos que a viabilizem de forma harmônica com um processo penal garantista, posto que no atual cenário a impronúncia apenas auxilia para um estado de insegurança ao estabelecer que diante de dúvida o magistrado poderá dar fim ao processo, mas sem absolver o acusado, uma vez que o mesmo poderá ser novamente denunciado pelo mesmo fato caso surjam novas evidências, sacrificando o princípio da presunção de inocência e gerando um “estado de pendência” que irá perdurar enquanto não ocorrer a prescrição do suposto ilícito, razão pela qual o autor propõe um prazo menor que o prescricional para que a acusação traga novos elementos probatórios, sob pena de extinção de punibilidade do acusado.

Ronaldo José Dos Santos , Alexander Rodrigues de Castro e Letícia Carla Baptista Rosa Jordão, na pesquisa “A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS

ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL: UMA ANÁLISE DA OBJETIVIDADE JURÍDICA DA LEI DE DROGAS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE DO USUÁRIO”, diante do atual debate sobre a constitucionalidade do porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, procuram defender que embora haja a necessidade de se resguardar os direitos à intimidade e privacidade, bem como a própria autonomia do indivíduo, tendo em vista a nocividade social inerente às drogas ilícitas, a criminalização de seu porte para uso se justifica conforme uma política de prevenção.

Gustavo Mamede Sant'anna Xará , Hellen Borges Silva e Maria Clara Neves Soriano, no trabalho “AÇÕES NEUTRAS QUANTO POSSIBILIDADE OU FAVORECIMENTO DE REALIZAÇÕES DE FATOS ILÍCITOS: TEORIA DOS PAPÉIS E DA PROIBIÇÃO DO REGRESSO DE GÜNTHER JAKOBS”, dissertam de forma bastante esclarecedora sobre institutos relacionados aos critérios de imputação objetiva desenvolvidos pela doutrina alemã quanto à não imputação do resultado ao agente nos casos de ações socialmente neutras e proibições de regresso quando o risco gerado não é juridicamente proibido, solucionando certos casos concretos que pela doutrina tradicional finalista (incluindo a que vem sendo adotada no Brasil) não se resolveriam. Os autores se referem à hipóteses em que o agente acaba contribuindo com determinado crime de maneira consciente, mas sem extrapolar o que se define como normal em sua atividade de rotina, afastando assim uma responsabilização criminal pelo concurso de agentes.

Jonathas Pereira dos Santos e Bartira Macedo Miranda apresentam uma pesquisa intitulada “A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: O QUE SE ENTENDE POR FUNDADAS RAZÕES PARA A BUSCA DOMICILIAR? DISSENSÕES ENTRE STJ E STF”. Aqui os autores trazem um pertinente estudo sobre a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e os limites necessários para as suas exceções, notadamente quanto às investidas policiais quando, diante de fundadas razões da ocorrência de um flagrante delito no interior da residência, é autorizada sua entrada forçada, embora a lei não defina o que seriam essas fundadas razões, gerando uma grande divergência na jurisprudência dos Tribunais Superiores, se haveria necessidade de conhecimento prévio sobre o delito praticado na residência ou se basta o fato criminoso em si, o qual só vem a ser conhecido após a entrada ilícita no domicílio.

O artigo “PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PENAL”, da autoria de Raphael Quagliato Bellinati , Franciele Lippel Laubenstein e Carlos Antônio Sari Júnior, aborda a importante temática pertinente a principiologia. Trata-se de abordagem dogmática que busca identificar sua alocação dentro

do direito penal e constitucional, revelando princípio de interpretação de condutas e garantias do sistema.

O trabalho de Bráulio da Silva Fernandes e Nicole Emanuelle Carvalho Martins, “ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO E SUA FORÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO”, revela como o princípio da insignificância se relaciona com a legislação criminal brasileira. Considerando nosso DP patrimonialista e a desigualdade perante o sistema capitalista no caso concreto, pensa sobre a possibilidade de, partir da lei 13.964/2019, ser aplicado por analogia.

Nena Mendes Castro Buceles e Isa Debora Pinto Lopes apresentaram o artigo “RESPONSABILIDADE PENAL DAS EMPRESAS E DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO EM CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO” segundo uma perspectiva dos crimes culposos e omissivos quanto à responsabilidade criminal dos técnicos de segurança do trabalho e dos membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA).

O artigo “CRIME DE INFANTICÍDIO: ANÁLISE HISTÓRICA, IMPORTÂNCIA NO DIREITO E NARRATIVA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI” de Cibele Faustino de Sousa e Cristiane Eusébio Barreira apresenta análise das decisões dos Tribunais do Júri no Ceará., bem como reportagens publicadas em jornais do Ceará.

“O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”, apresentado por Willibald Quintanilha Bibas Netto, Murilo Darwich Castro de Souza e Giovanna Gabrielly Gomes Pinheiro, discute o do artigo 3-A do Código de Processo Penal Brasileiro, instituído pela Lei nº 13.964/19, e conclui pela necessidade de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal.

Na sequência das apresentações, Daniel Vitor Silva Queiroz e Dierick Bernini Marques Costa expuseram o trabalho intitulado “SONEGAÇÃO FISCAL E LAVAGEM DE DINHEIRO: ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24” abordando questões conceituais e tecendo análises a partir de casos concretos e da construção do entendimento sumulado pelo STF.

No contexto da necessária afirmação do devido processo legal, Ezequiel de Sousa Sanches Oliveira apresentou o artigo “ENSAÍSTICA SOBRE AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL” situando o debate entre o apego às formas e a instrumentalização do processo penal constitucional.

Por fim, Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto expôs o artigo intitulado “UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA”, trazendo em perspectiva interdisciplinar os debates da vitimologia, a necessária cultura de direitos e a preservação da pessoa.

Como coordenadores, honra-nos reunir essa variedade de textos e colaborar na condução de um evento marcado pelo proveitoso diálogo acadêmico e multiplicidade de visões. Espera-se que a presente publicação possa contribuir para o aprofundamento das temáticas abordadas e seus valores agregados, bem como para o engajamento junto ao Direito voltado a pensar problemas e a propor soluções. Estamos satisfeitos com a qualidade das exposições!

Nossos cumprimentos ao CONPEDI pela organização do evento e pela publicação desta obra coletiva. Boa leitura!

Prof. Dr. Dani Rudnicki (Universidade La Salle)

Prof. Dr. Luciano Filizola da Silva (UNIGRANRIO e UCB)

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Uema, Ceuma e Universidade de Salamanca)

ENSAÍSTICA SOBRE AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

ESSAY ON NULLITIES IN THE CRIMINAL PROCESS

Ezequiel De Sousa Sanches Oliveira ¹
Greice Patricia Fuller

Resumo

Este artigo investiga as nulidades no processo penal brasileiro, a problematizar como tais nulidades podem controlar/limitar a arbitrariedade estatal e prevenir potenciais situações voltadas ao estados de exceção. Com uma metodologia dedutiva, analítica, reflexiva-crítica e baseada na legislação, o estudo explora a sistemática das nulidades assim distinguido entre nulidades absolutas e relativas, e discute os impactos dessas nulidades nos direitos e garantias do devido processo legal no processo penal. O artigo analisa também os princípios que orientam as nulidades processuais, como o princípio do prejuízo, que exige a demonstração de dano efetivo para a anulação de atos processuais, o princípio do interesse, que considera a necessidade de demonstração de interesse processual, e o princípio da causalidade, que trata dos efeitos das nulidades nos atos subsequentes. Além disso, aborda-se o princípio da conservação dos atos processuais, que visa a maximizar a utilidade dos atos válidos mesmo na presença de nulidades. A instrumentalidade das formas é examinada como um conceito que permite flexibilizar as formalidades processuais em prol da efetividade do processo. Este trabalho contribui para um entendimento aprofundado das nulidades no contexto jurídico brasileiro, enfatizando a importância do rigor e da precisão processual na proteção dos direitos fundamentais e na limitação da atuação estatal, pensada na forma como garantia.

Palavras-chave: Nulidades, Processo penal, Devido processo legal, Forma, Garantia

Abstract/Resumen/Résumé

This article investigates nullities in the Brazilian criminal process, problematizing how such nullities can control/limit state arbitrariness and prevent potential situations aimed at states of exception. Using a deductive, analytical, reflexive-critical methodology based on legislation, the study explores the systematics of nullities, thus distinguishing between absolute and relative nullities, and discusses the impacts of these nullities on the rights and guarantees of due legal process in criminal proceedings. The article also analyzes the principles that guide procedural nullities, such as the principle of prejudice, which requires the demonstration of actual damage for the annulment of procedural acts, the principle of interest, which considers the need to demonstrate procedural interest, and the principle of causality, which deals with the effects of nullities on subsequent acts. Furthermore, the principle of conservation of procedural acts is addressed, which aims to maximize the usefulness of valid acts even in the

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação (FMU)

presence of nullities. The instrumentality of forms is examined as a concept that allows procedural formalities to be made more flexible in favor of the effectiveness of the process. This work contributes to an in-depth understanding of nullities in the Brazilian legal context, emphasizing the importance of procedural rigor and precision in protecting fundamental rights and limiting state action, thought of as a guarantee.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Nullities, Criminal proceedings, Due process, Form, Guarantee

INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste artigo importa em compreender as principais nulidades no processo penal brasileiro e como a sua sistemática pode, de alguma maneira, limitar a arbitrariedade estatal de modo a evitar/controlar eventual estado de exceção.

Num contexto em que a ordem jurídica se vê impactada pela insegurança jurídica e decisões subvertem aos borbotões direitos e garantias fundamentais historicamente conquistados, há de se lançar uma atenta mirada no sistema de nulidades enquanto forma a ser garantida em prol das partes processuais, especialmente voltada a evitar/garantir a não contaminação de atos processuais.

Como objetivo específico, analisaremos as nulidades no processo penal, primeiro numa incursão necessária acerca das nulidades, seguida da análise sobre a tipicidade e atipicidade do ato, atos inexistentes, desambiguação em sede de nulidade absoluta e nulidade relativa, os princípios que regem as nulidades, princípio do prejuízo ou da transcendência, demonstração do prejuízo, princípio do interesse, princípio da causalidade, princípio da conservação dos atos processuais, instrumentalidade das formas.

A justificativa encontra lugar na imprescindibilidade de promover crítica reflexiva acerca da morfologia a qual se encontra o sistema de nulidades no processo penal brasileiro, de maneira que a insegurança jurídica subverte e torna inócua modelos emprestados ao processo penal, o que é um problema, apesar de esforços doutrinários trazidos a esta pesquisa, constatados nas recentes normativas e apesar de nenhuma garantia concreta se verificar em casos que cujas nulidades absolutas simplesmente são tidas por relativas.

No desenvolvimento da pesquisa as críticas formuladas são acompanhadas de reflexões problemáticas relacionadas ao processo penal brasileiro, assim pensado como devido processo legal, que atravessa incessante e impiedosa crise de sopesamento em seus princípios, não raro sobrepostos, como é o caso da economia processual em face do devido processo legal.

Finalmente, este trabalho aplicou o método dedutivo, analítico, reflexivo-crítico e jurídico, de acordo com a legislação e bibliografia referenciadas, com o propósito de provocar reflexões, ainda que em breve ensaística, quanto as nulidades no processo penal e seus impactos no devido processo legal.

1 INCURSÃO NECESSÁRIA ACERCA DAS NULIDADES

Segundo Tourinho Filho tem-se como tipicidade do ato processual os atos que devem realizar-se conforme a lei.

Esta concepção é inspirada no pensamento de Florian, donde encontramos uma série de atos realizados, por aqueles que nele intervêm. São Atos jurídicos, por que regulados pelo Direito e produtores de consequência jurídicas; mas processuais porque se realizam no processo e servem, direta ou indiretamente, a ele (TOURINHO FILHO, 2009, p. 492).

Assim, para que o ato processual seja pleno e perfeito, de modo a produzir os efeitos almejados, é necessário que ele se encaixe ao molde previsto na lei, ou seja, ele deve ser processualmente típico e subsumidos a forma legal, enquanto garantia mínima de observância ao devido processo legal, tal como previsto no artigo 5.º, inciso LIV da CR/88 (BRASIL, 1988).

Caso haja a atipicidade do ato, poderá incidir a nulidade ou mera irregularidade, sendo que no que concerne à primeira, trata-se de nulidade absoluta ou relativa - não obstante a possibilidade de se operar a “inexistência” do ato.

Quanto aos atos inexistentes, dois são os tipos de inexistência: a material e a jurídica. Sobre a primeira, é projetada sobre o processo, e não sobre o ato, já que impossível anular o que não existe. E, conforme os ensinamentos de Carnelutti, o ato inexistente é, verdadeiramente, um não ato, ou seja, não é um ato perfeito nem imperfeito. O ato imperfeito não é um ato perfeito, mas é um ato (TOURINHO FILHO, 2009, p. 493). Dito de outro modo:

(...) se num processo por crime que tenha deixado vestígio não se procedeu ao exame de corpo de delito, direto ou indireto, haverá nulidade, nos termos do art. 564, III, b, do CPP. Anula-se o procedimento, anula-se o processo, e não... o exame de corpo de delito. Mesmo porque não se anula o que não existe (TOURINHO FILHO, 2009, p. 493).

Por outro lado, no tocante à inexistência do ato, “a doutrina quer referir-se não à ausência material do ato, mas àquele ato que, embora tenha existência material, é totalmente desprovido de qualquer significado jurídico.” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 493).

Um “não-ato” reflete uma ação que não possui significado. Por isso, a rigor, não requer intervenção judicial para ser considerada ineficaz, sendo ineficaz por si só.

Em razão do princípio da proporcionalidade, “entre o direito constitucional de o cidadão ser julgado pelo Tribunal de justiça e o direito de liberdade, este prevalece em relação àquele”. Daí que não se admite a nulidade se a prova foi ilicitamente obtida, apesar de proibição das provas ilícitas prevista na Carta Magna:

É que entre a prova colhida com desrespeito a direitos fundamentais do cidadão (teve a sua residência invadida ilegalmente por alguém que queria apreender um documento que comprovava a inocência do réu) e o direito de liberdade, este se superpõe àquele. Assim entre o direito de o Ministério Público poder ofertar denúncia perante o Tribunal de Justiça e o respeito à coisa julgada, esta se sobreleva àquele, em face mesmo de um princípio imanente no nosso ordenamento processual penal: o do *favor libertatis*. E, nesse mesmo exemplo, se o Juiz e o Promotor soubessem que a competência havia se deslocado para o Tribunal de Justiça, objetivando favorecer o réu, deixassem o processo tramitar normalmente até a sentença absolutória transitar em julgado? Ainda assim, a coisa julgada falaria mais alto. Restaria apenas ao Procurador-Geral, comprovadas as condutas do Juiz e do promotor, processá-los por usurpação de função pública (art. 328 c/c o art. 29, ambos do CP) (TOURINHO FILHO, 2009, p. 493).

A guisa de exemplo, se desde o oferecimento da denúncia, o cidadão que detinha foro privilegiado vier a ser absolvido em juízo fora da competência a que de direito e a sentença transitou em julgado, acarreta um “não- processo”, ante a ausência de um dos pressupostos processuais de existência: o Juiz natural.

Isso significa que inexistindo processo, não há que se falar em coisa julgada, pois simplesmente não há processo, em que pese entendimento divergente (GRINOVER, 1992, p. 43).

A depender da casuística, a disparidade da forma com o modelo legal é de tal monta que se aventa sobre a “inexistência do ato” mesmo. Já em outros casos, *contrario sensu*, o descumprimento de se observar a forma legal pode ser simplesmente considerado ilegal, na acepção de mera irregularidade, sem pôr em xeque a sua validade, uma vez que tal inobservância não prejudicaria a finalidade estabelecida.

Por último, são introduzidas sanções de nulidade para certos desvios formais, que permitem privar os atos da sua validade. É ato processual inexistente o ato que carece completamente dos elementos exigidos pela lei. Neste caso, o vício é tão grave que nem sequer pode ser considerado um ato processual. Na verdade, estes atos não são indiscutivelmente inválidos.

Isso ocorre porque sua ausência representa um problema antes do teste de validade.

Quanto aos atos nulos propriamente ditos, mister se faz a desambiguação em sede de nulidade absoluta e nulidade relativa.

Enquanto nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES, 2011, p. 21).

Enquanto imperfeições processuais que são os atos nulos quando se verifica “uma falta de correspondência entre o tipo e o ato” constata-se uma imperfeição. O ato existe, mas de maneira imperfeita, defeituosa, e, em face dessa atipicidade, ele pode tornar-se ineficaz se vier a sofrer a sanção de nulidade. Indubitavelmente, a nulidade é uma sanção. Logo, se esta não for imposta - judicialmente, claro -, o ato produz efeitos, ou, como professa, Carnelutti, “La nulidad no opera sino em cuanto sea declarada”. Enquanto o juiz não lhe declarar a imprestabilidade, ele continua gerando efeitos. Mas, se o Juiz constata e reconhece a ineficácia, nulo se diz o ato (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES, 2011, p. 21).

Com efeito, caso não se determine a sanção de ineficácia, pode a coisa julgada, se absolutória a decisão, impedir o reexame da causa, apesar de existir um ato nulo... simplesmente porque não se dispõe de qualquer meio para invalidá-lo, haja vista que se desconhece a revisão *pro societate*.

A nulidade e a sanção decretada pelo Órgão jurisdicional em relação ao ato praticado com inobservância dos parâmetros normativos. Nulo é o ato imperfeito, defeituoso, atípico, a que se aplicou a sanção ineficácia.

Em linguagem corrente, diz Florian, a palavra nulidade é empregada do duplo sentido: algumas vezes para indicar o motivo que torna o ato imperfeito; outras, para expressar, a consequência que deriva da sua imperfeição, ou seja, a sua ineficácia.

Isto significa dizer que para atingir validade, o ato processual necessita de conformidade com o paradigma previsto em lei. Do contrário, é caso de atipicidade. Sendo atípico, por conta da sanção de ineficácia, diz-se nulo o ato.

Deste modo, em se tratando de ineficácia, fala-se em ineficácia contagiosa no caso da nulidade estender-se aos atos subsequentes, a despeito do art. 573, §1.º do CPP.

Importa destacar sobre os atos que correspondem a uma mitigada imperfeição, o chamado ato irregular

...quando o ato imperfeito vale dizer, atípico, houver atingido o fim a que se destinava e não sofrer a sanção de nulidade ele se diz irregular.

Se o Oficial de Justiça, em vez de fazer a citação na pessoa do réu a fizer na do seu empregado e, mesmo assim, o réu comparecer, haverá irregularidade, mas, como o ato atingiu os fins a que se destinava, a 10 inconseqüência será manifesta... Simples irregularidade. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 494).

Nesse sentido, nos casos em que a disparidade com a modelagem legal é ínfima, ou se trata de formalismo inútil, residual de outras fases do direito processual, 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; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 20).

A legislação penal adjetiva também agasalha essa categoria ao dispor, no artigo 564, IV (BRASIL, 1941), a nulidade “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial ao ato”. Logo, admitido foi pelo legislador que a omissão de formalidades não essenciais não acarreta consequência relacionada à validade do ato.

Contudo, em algumas hipóteses pode ocorrer de o ato irregular vir a ser considerado eficaz, de modo que recaia a sanção pela irregularidade no responsável que a deu causa. É o que sucede, por exemplo, com o oferecimento de uma denúncia fora do prazo legal: o ato é válido, mas o promotor poderá estar sujeito a uma penalidade no âmbito administrativo pelo atraso (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 20).

Vai daí a vindicação sobre a classificação dos atos e das formalidades, do seguinte modo:

- a) atos estruturais ou essenciais (os previstos no art.564, III, do CPP - exceto as hipóteses já por nós ressalvadas), acrescidos das exigências previstas nos incs. I e II da mesma disposição legal;
- b) atos não essenciais (todos aqueles não previstos na letra anterior). (TOURINHO FILHO, 2009, p. 497).

Em relação aos primeiros, é certo dizer que - se não estiverem presentes - ensejarão nulidade absoluta na relação processual, ou em alguma fase sua, a depender do momento que tenha ocorrido.

E, ainda quanto à classificação no que concerne às formalidades do ato, estas também podem ser distinguidas em essenciais e secundárias. “Somente as primeiras têm relevância para a eficácia do ato. Se disserem respeito a ato essencial, a insanabilidade é

manifesta. Do contrário, sanável, nos termos do art. 572” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 497 e 498).

2 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS NULIDADES

Do ponto de vista etimológico, entende-se por princípio o ponto de partida, fundamento ou causa:

PRINCÍPIO (gr. ἀρχή; lat. Principium; in. Principie; fr. Príncipe-, ai. Prinzip. Grundsatz; it. Principio). Ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os dois significados, "ponto de partida" e "fundamento" ou "causa", estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro (Simplicio, Fís., 24, 13); a ele recorria Platão com frequência no sentido de causa do movimento (Fed., 245 c) ou de fundamento da demonstração (Teet., 155 d); Aristóteles foi o primeiro a enumerar completamente seus significados. Tais significados são os seguintes: 1º ponto de partida de um movimento, p. ex. de uma linha ou de um caminho; 2º o melhor ponto de partida, como p. ex. o que facilita aprender uma coisa; 3º ponto de partida efetivo de uma produção, como p. ex. a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa; 4º causa externa de um processo ou de um movimento, como p. ex. um insulto que provoca uma briga; 5º o que, com a sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como p. ex. o governo ou as magistraturas de uma cidade; 6º aquilo de que parte um processo de conhecimento. TOTOO p. e-x. ^ •ptemsf,^ te \ \m àwKmswv Ção (ABBAGNANO, 2007, p. 792).

Assim, para compreensão do sistema de nulidades, se faz necessário compreender esta acepção causal, a visar o ordenamento jurídico, em especial o processo penal.

2.1 Princípio do Prejuízo ou da Transcendência

Por este princípio entende-se que em não se verificando violação ao sentido teleológico da norma, inexistirá prejuízo. Por decorrência, o reconhecimento da nulidade neste caso “constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional final” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 27).

É dizer: suas formalidades são previstas em observância à boa qualidade decisória a ser proferida, que só pode desdobrar de um justo processo desenvolvido em conformidade ao regramento do “devido processo legal”. Também por esta razão é que

dentre os requisitos fundamentais, para que se atinja essa virtude está a participação dos interessados no posterior provimento jurisdicional, por meio do contraditório.

Nesse particular, encara-se o prejuízo autorizador do reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito sob uma dupla conformação: “de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 27).

O artigo 563 do CPP (BRASIL, 1941) traz de forma legal e expressamente o princípio do *praejudicium* (BUENO, 1974, p. 3173), o qual estabelece que não será declarada a nulidade de ato irregularmente praticado que não houver causado prejuízo a qualquer das partes. É o chamado princípio da *Pas de nullité sans grief*, segundo o conhecido brocardo francês. Trata-se de princípio que se conjuga intimamente com o princípio da instrumentalidade das formas (BONFIM, 2012, p. 715).

De igual modo, tal como prevê o art. 566 do CPP, ao ato processual inócuo ou irrelevante não será declarada a nulidade, ou seja, em relação a ato que não influiu na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, não haverá prejuízo.

Logo, apenas se houver prejuízo para as partes ou para o próprio processo é que a nulidade do ato processual praticado em desacordo com os preceitos legais deverá ser reconhecida.

Na hipótese de nulidade relativa, o prejuízo deve ser demonstrado pela parte que sofreu o dano. Por outro, quanto às nulidades absolutas, o prejuízo é presumido ou evidente, não necessitando ser provado pela parte que argui a nulidade, uma vez que o interesse público é violado.

Contudo, existe corrente doutrinária a sustentar que o princípio do prejuízo é aplicável igualmente aos casos de nulidade absoluta, sendo, portanto, lícito que a parte *ex adversa*, ao objetivar a salvaguarda do ato inquinado, demonstre nos autos a inexistência de prejuízo que foi estabelecido por força da presunção legal do caráter absoluto da nulidade. (BONFIM, 2012, p. 715-716).

Para outra parte doutrinária, nada há que se objetar quanto ao prejuízo em si, mas a ocorrência ou não da violação à forma legal, isto é, do próprio ensejo da irregularidade.

Seguro é que se acaso for constatada a irregularidade, inevitável serão os efeitos do prejuízo. Nisto, a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal (STF) autoriza discernir,

que, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o acusado.

2.1.1 Demonstração do Prejuízo

Os autores das Arcadas lecionam no sentido de que o reconhecimento da nulidade provoca perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e morosidade na prestação jurisdicional almejada. Assim, irrazoável que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção, de modo que o dano deve ser concreto efetivamente demonstrado em cada situação (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 28).

Seja como for, vindica-se a produção probatória da ocorrência de prejuízo. Essa demonstração se faz por meio de simples procedimento lógico e exame quanto a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado processual final (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 28).

Outrossim, afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas este costuma ser evidente.

Assim, admite-se colocar a questão no sentido de que em casos assemelhados, poder-se-ia falar numa certa presunção de prejuízo estatuída pela *mens legis*. Contudo, seria incoerente aplicar este critério genericamente aos demais casos, também por não condizer à retidão processual.

É que as presunções, geralmente, conduzem à “inversão do ônus da prova”, o que não deve existir quando a ocorrência de dano de dúvidas estiver apartada e sobretudo sob a égide do processo penal:

Pensa-se, por exemplo, na falta de citação (art. 564, III, e, primeira parte, do CPP); se o réu não é chamado ao processo, não comparece, não apresenta defesa, não produz provas etc., claro está o prejuízo ao contraditório, sendo ociosa qualquer tentativa de demonstração; o mesmo se diga com relação à deficiência na formulação de quesitos no procedimento do júri (art. 564, parágrafo único, primeira parte, do CPP); se uma questão não é submetida à apreciação dos jurados, manifesto é o prejuízo para o julgamento (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 28).

De outra banda, as devidas ressalvas devem ser levantadas, porque deve-se enfatizar que, seja o prejuízo evidente ou não, pressupõe-se a sua existência para que a

nulidade seja reconhecida. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.

É nessa linha que o STF tem se posicionado, tal como dá conta o Acórdão proferido pela Primeira Turma no Habeas Corpus n. 81.510 - Paraná, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.12.2001, DJU 12.04.2002m p. 54. Nesse caso, apesar de reconhecer a incompetência do Juizado Especial Criminal, a Suprema Corte não anulou os atos do procedimento, na origem, era titular exclusiva da jurisdição penal, ao que inexistiu prejuízo concreto à defesa do paciente. A declaração de nulidade ficou restrita, assim, ao acórdão confirmatório da sentença, exarado por Turma Recursal dos Juizados Especiais (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCA FERNANDES, 2011, p. 29).

Ainda com relação às nulidades relativas, certamente o prejuízo deverá sempre ser demonstrado. Jamais será manifesto e evidente, porquanto o prejuízo não é constatado desde logo e/ou *prima facie*, como pode acontecer no caso das nulidades absolutas, em razão do que se exige alegação e demonstração do dano pelo interessado no reconhecimento do vício (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCA FERNANDES, 2011, p. 29).

Este tipo de distinção encontra guarida como o que enuncia a súmula 523 do Excelso Pretório, alhures referenciada: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo par ao réu”.

Na primeira hipótese, a inexistência de defesa *de per se* configura o dano, intuitivamente perceptível nesse caso, vez que foi sufragado o princípio fundamental insculpido na Carta da República.

No segundo caso, apenas um exame do conjunto probatório, arrazoados e congêneres, até mesmo prova nova de situação passível de ser aventada, conduzirão a concluir acerca do efetivo cerceamento de defesa.

2.2 Princípio do interesse

Considerando que inadmissível é a propositura de qualquer ação sem que esteja presente o “interesse de agir”, consubstanciado na necessidade de adequação da tutela jurisdicional invocada; da mesma forma, fala-se em “interesse de recorrer”, para significar que a interposição de um recurso está subordinada à utilidade, para o recorrente, de um novo julgamento da causa. Fenômeno semelhante ocorre em matéria de nulidades:

“a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua conseqüente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade”. (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 30).

No artigo 565 do CPP (BRASIL, 1941) é preconizado que “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. Cuida-se de normativa inerente às nulidades relativas, vez que apenas “nestas o reconhecimento da invalidade depende de arguição do interessado; nas absolutas, o vício atinge o próprio interesse público, razão pela qual deve ser reconhecido pelo juiz, independentemente de provocação” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 30-31).

Dito de outro modo, caso o vício reste na protelação de formalidade posta como garantia de certa parte, apenas esta terá legitimidade para suscitar a nulidade, o que será impossível à outra em razão de simples conveniência.

Logo, a legislação, de igual modo, também não vislumbra o interesse de quem tenha causado o vício, situação em que se aplica o brocardo *Nemo Auditur propriam turpitudinem allegans*; dar causa, *in casu*, prescinde do dolo ou culpa da parte, necessitando apenas e tão só do fato, objetivamente. Ao se falar em interesse da parte contrária, fica claro que esse dispositivo somente se aplica às nulidades relativas, as quais devem ser arguidas pelas partes *oportuno tempore*, caso o juiz não as reconheça de ofício (BONFIM, 2012, p. 716-717).

Neste regramento encontra-se contido dois preceitos diversos:

- a) Primeiro, veda, de modo absoluto, que a parte invoque nulidade a que haja dado causa ou para a qual tenha, de algum modo, contribuído. Aplica-se, em sede de processo penal, os brocardos *Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans* e *Nemo ex dolo suo lucretur*. Evita-se, assim, que alguém tire proveito da própria má-fé ou malícia, ou mesmo de sua leviandade na prática de determinado ato.
- b) Em segundo lugar, exige que a parte tenha interesse na decretação da nulidade, em face da necessidade de evitar um prejuízo ou a perda de uma faculdade processual. Em suma, para invocar nulidade deve a parte possuir interesse em sua decretação, não podendo arguir irregularidade que só à parte contrária interesse (BONFIM, 2012, p. 716-717).

Apesar de se facultar ao juiz conhecer de qualquer nulidade *ex officio*, mantendo-se a higidez e regularidade processual, tal faculdade, contudo, é relativa. Em julgamentos no juízo *ad quem*, a Súmula 160 do STF assim tem sido aplicada: “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”.

2.3 Princípio da causalidade

Trata-se dos efeitos da decretação de nulidade, donde os variados atos que integram o procedimento “não têm existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; pode existir um nexo de causalidade entre os diversos atos que se sucedem” (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 29).

Dessa mesma forma, a ausência ou invalidade de um determinado ato processual provoca sempre a indagação sobre a extensão da nulidade; trata-se de saber se a violação da forma prescrita para o ato declarado nulo também atingiu outros atos ligados àquele; fala-se então em nulidade originaria e derivada (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 29).

Aliás, cabe ao juiz, o reconhecimento da invalidade de certo ato processual, notadamente voltado a verificar se a atipicidade não reverberou a outros atos do procedimento, de modo a espalhar o vício relacionado ao primeiro vício originário, caso em que os atos finais igualmente deverão ser tidos como nulos.

Via de regra, uma vez que se tem os diversos atos processuais ordenados de forma cronológica, “a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo”. Ainda, de acordo com a *praxis* judiciária, “desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado” (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 29).

No entanto, não é sempre que ocorre a invalidação dos autos subsequentes ao anulado de forma automática. De acordo com o CPP, somente os atos diretamente dependentes ou que sejam consequência do viciado serão atingidos. Assim, com razão é a assertiva de que a “nulidade dos atos da fase postulatória do processo se propaga sempre para os demais atos, enquanto a invalidade dos atos de instrução, em regra, não contamina os outros atos de produção da prova validamente realizados” (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 30).

Nessa ordem de ideias, a nulidade da exordial acusatória necessariamente contamina os atos subsequentes. Por outro lado, no que toca à instrução probatória, inexistente, normalmente, nexos de dependência entre os vários atos de aquisição da prova; nestes, o vínculo deve ser encarado sob o prisma do contraditório, pois não pode haver inversão na ordem da produção da prova testemunhal da acusação e da defesa, ou no oferecimento das alegações. A sentença, como ato final do procedimento, será sempre atingida pela invalidade dos atos que a antecedem, sejam da fase postulatória, sejam instrutórios, a não ser que estes últimos não tenham exercido qualquer influência na decisão (art. 566 do CPP) (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES, 2011, p. 30).

De acordo com o magistério de Mougnot Bonfim, O processo, como procedimento, é composto por uma série de atos concatenados e ordenados de forma teleológica, ou seja, com vistas a determinado fim ou objetivo (BONFIM, 2012, p. 717).

Logo, tais atos “não se apresentam de maneira isolada: pelo contrário, guardam uma relação de causalidade com os atos que lhes são anteriores” (BONFIM, 2012, p. 717).

É por essa identidade de razões que o artigo 573, §§ 1.º e 2.º, do CPP (BRASIL, 1941) dispõe que a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a nulidade dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência, cabendo ao juiz que pronunciar a nulidade declarar os atos a que ela se estende. Assim é que se permite aventar em “ineficácia contagiosa”, qual seja, a que dá origem a duas espécies de nulidade:

- a) Nulidade originária, referente àquela irregularidade inicialmente reconhecida pelo juiz;
- b) Nulidade derivada, que atingirá todos os atos que dependam ou sejam consequência do ato típico declarado nulo. Na lição de Dinamarco, “o vício propaga-se aos atos ulteriores e dependentes, só não ficando sujeitos à sanção de ineficácia os que não hajam sido atingidos”. A renovação do feito terá como ponto de partida o ato atípico originariamente declarado nulo, falando-se então do princípio da interdependência dos atos. Assim, reconhecida a nulidade da citação, por exemplo, de rigor a renovação de todo o processo, *ab initio*, em decorrência de um vício que contaminou toda a relação processual (BONFIM, 2012, p. 717).

Acertada a ponderação de Aury Lopes Jr., no sentido de que, “mais do que isso, um ato nulo/ ilícito está submetido ao instituto da causalidade e da contaminação, de modo que vai contaminar os que dele derivarem” (LOPES JR., 2023, p. 1140). Nesse ponto, “evidente que a nulidade de um inquérito policial não apenas deverá ser reconhecida e declarada pelo magistrado, como também irá atingir a ação penal e

consequente processo penal decorrente dessa invalidade originária” (LOPES JR., 2023, p. 1140).

2.4 Princípio da conservação dos atos processuais

Este princípio decorre da aplicação do brocardo *utile per inutile non vitiatur*, também conhecido como o princípio da economia processual. À título de exemplo, se reconhecido o vício da nulidade em certo ato irregularmente praticado, os demais atos processuais que com ele não guardem relação de dependência ou de consequentialidade serão aproveitados. A regra prevista no art. 567 do CPP se presta como exemplo, haja vista que a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios.

Todavia, sobretudo em sede probatória, a convicção do magistrado deve observar “respeito ao tempo do processo”. Isto é:

Não há que confundir economia processual com economia do seu próprio tempo, ensina LEONE. Não pode o juiz atropelar, como vimos anteriormente, a dinâmica da dialeticidade do processo, cabendo a ele respeitar o tempo da acusação, da defesa, da prova e da própria maturação do ato decisório (LOPES JR., 2023, p. 445).

Assim, a garantia do devido processo legal deve transcender qualquer tipo de constructo teórico, não raro fragilizado, voltado a economia processual.

3 INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

O princípio da instrumentalidade das formas faz com que a técnica processual, assim compreendida como “mecanismos processuais” e “formalidades do processo” - seja colocada a serviço dos objetivos maiores do processo, cuja finalidade é solucionar a crise verificada no plano do direito material (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 717).

Trata-se da concretização do princípio da efetividade do processo, inferido como “aptidão para a produção concreta dos resultados que dele se esperam”. Desse modo, constitui a grande preocupação do processualista moderno, a “permitir que a técnica processual seja flexibilizada de maneira a não colocar entraves inúteis ao atingimento da solução da controvérsia” (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 717).

Porém, este posicionamento “jamais pode indicar o sacrifício da defesa, no processo penal, em que as formalidades devem sempre ser observadas, quando tenham

dimensão de garantia” (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES, 2011, p. 717).

É dizer que, concomitantemente, a lei elenca situações em que se aplica a sanção de nulidade em relação aos atos realizados de maneira viciada, e, a legislação preconiza - de igual modo - remediações pelas quais a atividade processual atípica poderá ser aproveitada. Legalmente previstas as determinadas situações, e, sanado o vício ou depurado o prejuízo, permitir-se-á que o ato irregular produza os efeitos que dele se esperariam.

Em situações como estas, em lugar da nulidade/invalidação, acontece de se verificar a convalidação do ato realizado em divórcio com o tipo processual. No entanto, ainda que a lei esteja silente, imprescindível que o intérprete-juiz adote a técnica processualística de forma minuciosa ao atingir, quando possível, a sentença de mérito. O ponto fundamental, nesse orbe, é constituído por três elementos basilares: a condição de que o ato, ainda que atípico, chegue a sua finalidade; que inexista prejuízo às partes; que haja a preservação do contraditório judicial (BONFIM, 2012, p. 718).

De passagem, diga-se que se os atos praticados em desconformidade com o modelo legal poderão, em que pese sua atipicidade, produzir seus efeitos, uma vez sanado o vício do qual padecem, o fato é que o próprio CPP estabelece determinados remédios de saneamento dos atos viciados (BONFIM, 2012, p. 718).

Assim, dar-se-á aplicação ao princípio da economia processual conjugado com a instrumentalidade das formas, vez que se possibilita, por consequência lógica, “a convalidação do ato processual, que escapará, assim, da sanção de nulidade (invalidação). Não se pode olvidar, entretanto, que o cânone em tela só se aplica à nulidade relativa” (BONFIM, 2012, p. 718).

Admitindo-se que o legislador reconheceu a preponderância das formas legais como meio de garantir ao autor e ao réu a participação em um processo subordinado às regras do *due processo of law*, não menos certo é que “a um só tempo se permite às partes uma efetiva atuação durante todo o iter processual, buscando influir de maneira decisiva no provimento final” (BONFIM, 2012, p. 718).

Para se proteger as partes processuais de possíveis arbitrariedades do Estado-juiz e atos relacionados ao próprio estado de exceção, que deverão ser contidos/limitados, a questão é que a formalidade tem por fundamento a consecução de certas finalidades desejadas pela *mens legis*. Logo, “deve ser entendida dentro de uma relação de meios e

fins. Não se confunde, portanto, formalidade com formalismo, devendo-se evidentemente evitar o segundo mas respeitar o primeiro” (BONFIM, 2012, p. 718).

Outrossim, se o ato alcança o seu objetivo legal, “deve ele prevalecer, mesmo quando praticado em desacordo com o modelo legal, e desde que não tenha havido prejuízo para as partes. Em suma, a forma se subordina ao fundo” (BONFIM, 2012, p. 718).

Noutro giro, se é um desafio reconhecer a invalidade dos atos processuais, insta salientar que tal atividade não decorre automaticamente do texto de lei: se necessária uma “decisão judicial a declare; para tanto, não basta a desconformidade do ato com o modelo traçado pelo legislador, sendo também indispensável a verificação de certo pressupostos, que deverão ser analisados pelo juiz em cada caso concreto” (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 26).

Gize-se que é ordenamento jurídico que prevê os critérios norteadores do juiz no que diz respeito a análise das irregularidades dos atos processuais.

Três são os sistemas segundo os quais pode ser imposta a sanção de nulidade:

- a) todo e qualquer vício do ato leva à sua nulidade;
- b) nulo só será o ato se a lei assim expressamente o declarar;
- c) o sistema da instrumentalidade das formas, distinguindo-se as irregularidades conforme sua gravidade e segundo o qual não se declara a nulidade se finalidade do ato foi atingida e se não houve prejuízo para a parte. Os dois primeiros sistemas estão desautorizados pela moderna ciência processual (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 27).

O Código de Processo Penal brasileiro tem sido alvo de críticas duríssimas, seja por não conter uma sistematização coerente na disciplina das nulidades, seja por dispor de um extenso rol de casos em que são mencionadas irregularidades de maior ou menos gravidade, donde fixa algumas regras gerais que devem ser obedecidas o pronunciamento da nulidade de ato processual irregular. De qualquer modo, dentre os princípios gerais adotados pelo CPP nessa matéria, na ótica da instrumentalidade das formas, destacam-se o do prejuízo, o da causalidade, o do interesse e o da convalidação (GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 27-28).

Percebe-se certa falta de cientificidade ao tentar se aplicar o princípio da instrumentalidade das formas no processo penal, o que nos permite concluir como o que seria um sacrilégio processual, no tocante a atual teorização das nulidades.

Como frisa Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

observa-se nas argumentações jurídicas, quando estas empregam conceitos como o de fins e meios, uma certa ingenuidade se comparada com os refinamentos das teorias da decisão das outras ciências. O que se encontra, em geral, são afirmações do tipo: os meios devem estar adequadamente relacionados aos fins, submetidos, neste sentido, a regras de decisão que mais parecem servir à manifestação de boas intenções do que instruções para tomada de decisão (FERRAZ JR., 1982).

Há de se convergir com Cabral (CABRAL, 2010, p. 90) e Salvatore Satta (SATTA, 1958, p. 90 *apud* CABRAL, 2010, p. 90), no sentido de que asseverações como “o processo serve para fazer justiça”, e “no processo, os meios devem servir às finalidades”, são desprovidos de qualquer elemento que se preste a uma teoria racional e que tenha a pretensão de exteriorizar critérios decisórios.

Logo, há celeuma instalada na literatura ante o excessivo formalismo processual, donde uns defendem inexistir o merecimento de críticas fundamentadas apenas num vago afã da chamada justiça substancial, o que implicaria num motim esvaziado de justificativas para afrontar a regra legal, enquanto noutra frente as vozes mais refratárias e acentuadas, a qual nos filiamos, surgem tais como as críticas trazidas por Aury Lopes Jr., notadamente quanto a morfologia das nulidades, que ao se subdividir em nulidades absolutas e relativas, resta “inadequada para o processo penal na medida em que parte de uma matriz de direito material (civil) e a estrutura dos atos jurídicos” (LOPES JR. 2023, p. 1124).

Se os valores em xeque na dimensão processual e a própria dinâmica da situação jurídica tornam não recomendável a importação de tais categorias, é porque vêm, principalmente, com uma “dupla contaminação: de um lado, o direito civil e a estrutura dos atos jurídicos e, de outro, o direito processual civil, com suas especificidades distintas daquelas existentes no processo penal” (LOPES JR. 2023, p. 1124-1125).

CONCLUSÃO

Ao problema de pesquisa apresentado conclui-se que por tipicidade do ato processual tem-se os atos que devem realizar-se conforme a lei.

Para que o ato processual seja pleno e perfeito, de modo a produzir os efeitos almejados, é necessário que ele se encaixe ao molde previsto na lei, ou seja, ele deve ser processualmente típico e subsumidos a forma legal, enquanto garantia mínima de observância ao devido processo legal, tal como previsto no artigo 5.º, inciso LIV da CR/88.

Se houver a atipicidade do ato, poderá incidir a nulidade ou mera irregularidade, sendo que no que concerne à primeira, trata-se de nulidade absoluta ou relativa - não obstante a possibilidade de se operar a “inexistência” do ato.

Um “não-ato” reflete uma ação que não possui significado. Por isso, a rigor, não requer intervenção judicial para ser considerada ineficaz, sendo ineficaz por si só.

Encontra-se previsto no artigo 563 do CPP o princípio do prejuízo, o qual estabelece que não será declarada a nulidade de ato irregularmente praticado que não houver causado prejuízo a qualquer das partes. É o chamado princípio da *Pas de nullité sans grief*.

O reconhecimento da nulidade depende de demonstração do prejuízo.

O princípio do interesse encontra guarida no artigo 565 do CPP, hipótese em que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Trata-se o princípio da causalidade dos efeitos da decretação de nulidade, donde os variados atos que integram o procedimento “não têm existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; pode existir um nexo de causalidade entre os diversos atos que se sucedem.

Por fim, quanto a morfologia das nulidades, que ao se subdividir em nulidades absolutas e relativas, resta inadequada para o processo penal brasileiro na medida em que parte de uma matriz de direito material (civil) e a estrutura dos atos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia** / Nicola Abbagnano; tradução da 1.^a edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. – 5.^a ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. - 7.^aed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: do inquérito ao plenário**. - 4.^a Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BUENO, Francisco da Silveira. **GRANDE DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO – PROSÓDICO da Língua Portuguesa**. Vocábulo, Expressões da Língua Geral e Científica-Sinônimos, Contribuições do Tupi-Guarani. Santos-SP: Editora Brasília Limitada, 1974.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**/Antonio do Passo Cabral - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A relação meio-fim na teoria geral do direito administrativo**. In: Revista de Direito Público, ano XV, n. 61, p. 28, jan.-mar. 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini Et AL. **As nulidades no processo penal**. São Paulo, Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As nulidades no processo penal**. - 12.ed.rev.e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** / Aury Lopes Jr. - 20. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SATTA, Salvatore, Il formalismo nel processo. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 1958.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. - 11.ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.