IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
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 - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- “A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero”. O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- “A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso”. Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- “A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional”. O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

O PROBLEMA NÃO ESTÁ RESOLVIDO: QUE TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO DEVE SER APLICADA?

THE PROBLEM IS NOT SOLVED: WHAT THEORY OF NOULTIES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDINGS MUST BE APPLIED?

Francisco Geraldo Matos Santos [1]
Renato Ribeiro Martins Cal [2]

Resumo

Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente - utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Nulidade, Processo penal, Processo civil, Divergência, Prejuízo

Abstract/Resumen/Résumé

Assuming that, theoretically, or criminal proceedings are in a different sphere in civil proceedings, this research is presented, which aims at a theory of norms in Brazilian criminal proceedings, mainly because some institutes - mistakenly used in In this context, the study of the rules of criminal procedure refers to civil proceedings. This article aims to discuss the theory of rules in the Brazilian criminal process should be applied for its effective absence. It is a text resulting from a bibliographic and jurisprudential research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Nullity, Criminal proceedings, Civil lawsuit, Divergence, Loss

[1] Doutorando em Direito (PPGD/UFPA). Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFPA). Especialista em Direito Processual Penal e em Direito Público (Faculdade Prof. Damásio de Jesus / SP).

[2] Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFPA). Especialista em Direito Público. Auditor de Controle Externo do TCE-PA.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito jurídico, há uma grande discussão acerca da teoria das nulidades processuais. Isso porque, muito se discute sobre a validade da teoria das nulidades, que é fruto do processo civil, e que se distingue substancialmente dos fundamentos do processo penal.

Muito embora o Código de Processo Penal (CPP) já tenha algumas décadas de vigência, não há ainda, uma teoria das nulidades exclusiva aplicável ao âmbito criminal. É fato que a doutrina estudou primitivamente este assunto no âmbito das relações privadas, e depois, esses estudos foram direcionados ao campo do processo que tutela a *última ratio*.

E é exatamente por este motivo, que muito vem sendo discutido e rediscutido no âmbito tanto da doutrina quanto da própria jurisprudência acerca de como deve ser interpretada e aplicada a nulidade no processo penal, ainda mais quando se observa um Código de Processo Penal oriundo da década de 1940 (1941) que tem matriz teórica e filosófica do próprio Código Fascista italiano, como bem descreveu Marques (2008), que sob um ponto de vista da historicidade das leis E essas atividades se tornam mais crítica, quando não há consenso nem sobre o que vem a ser uma nulidade.

Há quem diga que a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) passou a uniformizar e direcionar o entendimento de que a presença de nulidade no processo penal deve ser analisada com cautela e respeito aos princípios básicos do Direito Penal. Todavia, ainda assim, não se pode afirmar que o problema está resolvido. Disto isto, o intento científico deste artigo é verificar se há ou não uma teoria das nulidades que possa ser aplicada ao processo penal, sem que haja mitigação dos princípios desse segmento jurídico.

O problema de pesquisa está consubstanciado na seguinte questão: é possível compatibilizar a (in)existência de uma teoria das nulidades do processo penal à exigência de demonstração da categoria "prejuízo", quando nem a doutrina, nem a jurisprudência convergem quanto a sua denominação?

Como hipótese de pesquisa, temos que é impossível compatibilizar a inexistência de uma teoria das nulidades do processo penal à exigência de demonstração de prejuízo, tendo em vista a divergência doutrinária e jurisprudencial.

O artigo discutirá acerca do que se entende por nulidade, ato inexistente, ato inválido. Apresentará delineamentos a respeito da nulidade dentro e fora da teoria geral do direito, até encontrar a teoria do direito penal.

Haverá questionamentos sobre a exigência da demonstração do prejuízo e o problema da imprecisão dessa exigência, principalmente com as constantes modificações da jurisprudência. Em suma, o texto mais se apresenta como um levantamento de inquietações que

instigará ainda mais o leitor a analisar o processo penal a luz de uma abordagem crítica, do que propriamente, a obtenção de respostas prontas, acabadas e (im)precisas.

2. FUNDAMENTOS DAS NULIDADES NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Inquietações tais como, o que é uma nulidade? O que é um vício? O que é um ato inexistente? O que é um ato inválido? O que diferencia uma nulidade de um vício? Enfim, são dilemas que sempre estiveram no subconsciente de quem começa a estudar a teoria das nulidades.

Paschoal (2014) pondera que o tema das nulidades é próprio da teoria geral do direito, e que fora, primeiramente, construído pelos civilistas, e somente depois, foi direcionado para o sistema processual, ou seja, de imediato, a doutrina e legislação material é quem construiu as ideias básicas do que se entende por nulidades hodiernamente.

Pois bem.

Dentro da teoria dos fatos, esculpida na teoria geral do Direito, verifica-se que o seguinte:

Segundo Tartuce (2019), o fato lato senso corresponde a qualquer ocorrência. Sendo, nesse sentido, um gênero, do qual se subdivide em fato jurídico lato senso ou em sentido amplo e fato não jurídico. O fato jurídico lato senso, por sua vez, é gênero do qual há duas espécies: fato natural ou fato jurídico stricto sensu (em sentido estrito) e o fato humano ou fato jurígeno. O fato natural pode ser ordinário, como o decurso do tempo, por exemplo, ou extraordinário, como um evento natural não esperado. Ao passo que o fato humano pode ser ato lícito ou ato ilícito.

Os atos que estão dentro do aspecto processual penal, são os atos jurídicos. Há quem entenda que a escada ponteana seja exclusiva dos negócios jurídicos. Mas filiamos ao entendimento de Paschoal (2014), segundo o qual para o ato existir, do ponto de vista jurídico, é indispensável a presença dos elementos constitutivos nos três planos: Existência, Validade e Eficácia.

Particularmente, entendemos que não há outro caminho a estudar temas atrelados à inexistência, à invalidade e à ineficácia, senão, por meio da análise das contribuições de Pontes de Miranda.

Para um ato ser existente, é indispensável a presença de um agente, de vontade, de objeto e de forma. Um ato inexistente, por sua vez, é eivado de um vício tão grave, que jamais é possível convalidação. Não precisando, inclusive, de nenhuma decisão judicial para que haja a declaração da inexistência.

Segundo Alencar (2016, p. 241):

> [...] a tripartição sugerida entre elementos, requisitos e fatores não se ajusta perfeitamente ao direito processual penal. Preferível adotar simplesmente elementos, que se limitam a facilitar a classificação do vício para, a partir daí, impingir o ato processual com a sanção de invalidade (desfazimento), caso seja esta a consequência cabível. A divisão das espécies de elementos do ato processual penal será constituída por: (1) elementos estruturais (cuja falta importa inexistência jurídica); (2) elementos essenciais (cuja ausência ou vício implica, em regra, nulidade absoluta); (3) elementos acidentais (cuja falta indica nulidade relativa, como regra, ou mera irregularidade.

Trazendo para o âmbito processual penal, a ideia de ato inexistente é atrelada a ideia de um processo inexistente, ou seja, não havendo a presença de elementos essenciais à existência de um ato processual.

Avena (2014, p. 420) exemplifica alguns atos inexistentes:

> Recurso interposto por advogado sem procuração nos autos, nova sentença prolatada pelo juiz, nulificando, por sua própria iniciativa, sentença anterior de mérito proferida no mesmo processo, denúncia subscrita apenas pelo estagiário do Ministério Público, Habeas Corpus apócrifo, vale dizer, sem a assinatura do impetrante, sentença proferida por juiz impedido em razão dos motivos do art. 252 do CPP e a determinação de arquivamento de decisão sujeita a reexame necessário, sem que esta providência tenha sido adotada (Súmula 423 do STF).

Segundo Oliveira (2014, p. 102):

> Os atos inexistentes não só não produzem efeitos, como também não poderão ser convalidados. E isso por uma razão simples e de ordem lógica: a convalidação, nesse caso, seria a própria instituição do ato, sem qualquer efeito pretérito. Em conclusão: falta aos atos inexistentes elementos essenciais para a produção de quaisquer consequências jurídicas, o que não ocorrerá com os atos passíveis de convalidação, ora a exigir a sua repetição, com aproveitamento de algum de seus efeitos.

Em suma, a inexistência é considerado o mais grave de todos os vícios, pois atinge os elementos essenciais, primários, de um ato jurídico (e processual).

O segundo elemento – degrau- de um ato processual é a validade. Ou seja, após verificarmos se o ato é existente, passamos a compreensão se o mesmo é válido. A validade seria a compatibilidade do ato perante a legislação. É indiscutível a presença de um agente capaz, de uma vontade ou consentimento livre, de um objeto lícito e da adequação a estrutura legal.

É no âmbito da (in)validade que se encontra as nulidades relativas e absoluta. A doutrina civilista entende que as nulidades absolutas, também denominadas de nulidades de pleno direito, em verdade, se referem à vícios de interesse público, ao passo que as nulidades relativas, também identificada doutrinariamente como anulabilidade, se destinam ao interesse privado.

Não podemos defender esse entendimento que não se coaduna ao sistema processual penal. Em nenhum segmento do CPP há interesse eminentemente privado. Até mesmo a competência territorial tem viés protetivo ao acusado, razão pela qual, não deve ser considerado de ordem relativa. Não estamos falando de um processo cuja lide é presença obrigatória.

No processo penal não há lide. Aliás, pode até ter, mas apenas após a sentença condenatória transitada em julgado. Isso porque, a ideia de lide processual, tem relação com a "pretensão resistida", o que inocorre no âmbito penal. Pensar desta forma, seria entender que o Estado quer punir e, portanto, dispõe de um Delegado, de um Promotor e de um Juiz, para que haja a condenação e, por conseguinte, a execução de uma punição.

A ideia de um processo penal democrático foge, completamente, dessa noção inquisitiva, anti democrática. O papel do Promotor e do Juiz, não é denunciar e condenar, respectivamente, mas sim, proteger a aplicação das legislação penal (Constituição, Tratados Internacionais e Legislações infraconstitucionais).

Sendo assim, a premissa básica de um processo penal, é a busca da verdade, e se a verdade é a de que o acusado é inocente, não resta outra solução senão a absolvição, e o contrário, a condenação. Portanto, haverá pretensão resistida, talvez, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando o Estado passar a querer aplicar a pena, e o condenado, não aceitar.

O vício absoluto que assola a validade do ato processual, segundo a doutrina dominante e a própria jurisprudência, não pode em nenhum momento ser sanada, sendo seu reconhecimento de ofício, dispensando, inclusive, segundo Paschoal (2014) uma decisão judicial a respeito.

O ato nulo absolutamente pode até existir, mas jamais poderá ser válido e eficaz.

O vício relativo, por sua vez, segundo a doutrina majoritária – e repita-se, discordamos de tal distinção -, é considerado anulável, com efeito ex nunc, passível de preclusão, não podendo ser reconhecido de ofício pelo magistrado. Necessitando de um pronunciamento judicial sobre o mesmo.

E por fim, o terceiro segmento da Escada Ponteana, a eficácia. Muito pouco se discute sobre esse terceiro elemento dentro do processo penal. Isso porque, em regra, a validade e a eficácia estão intimamente interligados, o que dificulta encontrar um ato válido que desprovê-se de eficácia e vice versa.

Um ato ineficaz, a título de exemplo, seria o fato de ser decretada uma prisão preventiva, mas não tivesse uma instituição (e pessoas) que fossem executar tal medida. Na verdade, a

eficácia se direciona mais a aspectos extra processuais do que interprocessual. Tem mais relação com a efetividade, do que com a própria estrutura do ato em si.

Não se pode confundir nulidade com mera violação da lei – o que é comum na esfera civilista -. Nesse sentido, Paschoal (2014, p. 7) afirma:

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

O fato é que, a simples presença de um vício de forma, por si só não culmina com a existência de uma nulidade. É imprescindível, segundo o CPP e a própria jurisprudência, a real demonstração de que tal ato (nulo) acarretou alguma legal ou colocou em risco algo fundamental.

Particularmente, discordamos de tal critério (presença de prejuízo), mais adiante justificarem o porquê de tal discordância.

Se defendêssemos a ideia de que a violação formal é pré-requisito para a declaração de uma nulidade, não poderíamos identificar atos nulos, quando não houvesse violação a forma. Em outros dizeres, diríamos que o vício material não seria causa de declaração de nulidade. Além disso, temos o caso da nulidade por derivação, em que a invalidade do ato se dá pela prática tortuosa de outro.

No sistema de nulidades vigentes, o que torna ou não um ato nulo ou anulável, é a presença do prejuízo.

Sendo assim, utilizamos das ideias de Alencar (2016), para o qual, o primeiro teor a ser compreendido é a tese de que nulidade é uma forma de atipicidade do ato, ou seja, o ato é atípico, deformado ou defeituoso.

Dentro dos inúmeros juristas que conceituam a expressão “nulidade” Alencar (2016) elucida a sinonímia enfatizando que a nulidade pode ser vista ou como uma sanção jurídica e/ou como defeito jurídico.

No que tange à sanção, Tourinho Filho (2003, p. 450) afirma:

> [...] a nulidade é a sanção decretada pelo órgão juridiscional em relação ao ato praticado com inobservância dos parâmetros normativos. Nulo é o ato imperfeito, defeituoso, atípico, a que se aplicou a sanção de ineficácia.

Feitosa (2009, p. 1006), por sua vez, pondera que: "[...] a nulidade é defeito do ato processual ou do processo, que pode ter como sanção a ineficácia." Para o autor, o defeito é a nulidade em si, que, se reconhecida, tem o condão de ser tornar ineficaz o ato processual .

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009), de forma ainda mais enfática, entendem que o termo "nulidade" significa que determinado ato deva receber um qualificador negativo, eis que eivado de atipicidade. A nulidade seria um defeito processual de um ato processual que não preenche os requisitos legais e, que isso, pode ser afetado pela inaptidão para produção de efeitos no mundo jurídico. Primeiro se tem um ato atípico, depois, se busca a invalidade.

Outro ponto que merece destaque ser discutido, refere-se a confusão que hodiernamente se tem a respeito dos conceitos de nulidade, invalidade, vigência, validade e eficácia.

A nulidade no processo penal se refere a um vício normativamente reconhecido, ao passo que a invalidade, é a sanção aplicada judicialmente ao ato processual declarado nulo. Vigência se refere ao atributo da norma válida apta a regulamentação de condutas. Validade, por sua vez, refere-se a sua consonância com o mundo jurídico como um todo, conforme aduziu Alencar (2016).

No que tange à eficácia, crucial trazer a baila o seguinte entendimento de Alencar (2016, p. 65):

> [...] Eficácia é qualidade de fatos jurídicos. Os fatos jurídicos, relatados em linguagem competente, podem ser tanto gerais e abstratos, quanto individuais e concretos. Os fatos gerais e abstratos poderão produzir normas gerais e abstratas, mas também deles é possível decorrer normas individuais e concretas.

Posto essas ponderações acerca dessas categorias distintas, o próximo passo é a análise das nulidades no próprio CPP, bem como, suas implicações jurisprudenciais.

3. O SISTEMA DAS NULIDADES NO CPP E A INGERÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NESSE CAMPO.

De início, é crucial pontuar que existe um regramento no próprio CPP acerca das nulidades, por isso a razão da presente seção nessa monografia. Corroborando tais ideias, há quem diga que se refere a um sistema de nulidades, outros, por sua vez, criticam tal sistemática pela ausência de conexão com o avanço do próprio processo penal como um todo, após a CRFB/88.

No mais, a grande polêmica que se instaurou no sistema jurídico brasileiro hodierno, principalmente no campo jurisprudencial está na utilização ou não dos dispositivos normativos do CPP. Isso porque, há uma grande parcela de magistrados que não aplicam a referida lei (CPP) por entenderem incompatíveis com o sistema atual.

Nesse sentido, Paschoal (2014, p. 13) assim se expressou:

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

E assim não é o que ocorre na práxis forense, pois cada magistrado passa a aplicar o sistema de nulidade que lhe convém ou lhe agrada, da mesma forma como todos os demais operadores do Direito.

Dezem (2013, p. 41) afirma que:

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

O problema, assim sendo, não está no CPP, mas nos juristas. Ora, se o próprio CPP diz que determinada atipicidade do ato é ensejadora de nulidade absoluta, não há razão teórica para que a jurisprudência venha entender de modo diverso. O que se visualiza, assim, é uma crescente tendência do judiciário em criar normas jurídicas contrárias ao texto legal já posto. O problema, nesse ponto[1], não está no CPP, mas sim, em quem aplica.

No que tange ao princípio do prejuízo, na última seção da presente monografia, se discutirá os efeitos e o alcance do dispositivo processual previsto no art. 563 (CPP). Por ora, nos esquivamos de apresentá-lo.

No art. 564 do CPP há o detalhamento das hipóteses específicas de nulidades processuais penais. É importante entender que não se trata de um rol taxativo, muito pelo contrário, é um rol exemplificativo, tendo em vista que há muitas outras hipóteses de vícios que ensejam a categorização de nulidades e, com isso, a aplicação da sanção de ineficácia.

A própria jurisprudência do STF e do STJ enfrentam corriqueiramente questões que reconhecem a existência de nulidades que extrapolam os termos do art. 564, tendo em vista a existência de inúmeras outras leis que objetam a questão penal.

Nesse sentido, é indispensável trazer a baila os ensinamentos de Alencar (2016, p. 404-405):

> Como o texto do Código de Processo Penal é de natureza aberta e encampa correntes de várias origens, há espaços para a produção de normas jurídicas de nulidades e de

[1] Mais adiante discutiremos os pontos do CPP que merecem críticas.

> invalidação de forma mais pormenorizada e a partir das linhas conceituais gizadas de forma não sistemática no Título I, do seu Livro III.

De plano, a primeira das hipóteses refere-se ao ato praticado por juiz incompetente, suspeito ou suborno. Essa hipótese tem nítida relação com a necessidade de ser presidido o processo penal por um juiz imparcial, visto que a imparcialidade, conforme ensina Eugênio Pacelli (2014), é requisito de validade do processo e da própria jurisdição penal. A incompetência do juízo é hipótese, inclusive, de nulidade absoluta, pois fere um direito constitucional, a saber, que o processo seja julgado por um juiz natural.

A segunda hipótese do art. 564 é a nulidade decorrente da ilegitimidade de parte. É elementar de um processo penal justo, que os sujeitos envolvidos sejam realmente aqueles que tem a função de autor e de réu. Não se pode denunciar alguém pela prática de um crime, cuja manifestação é expressa de que o mesmo não teve contato nenhum com o ocorrido e, sequer, estava no país no momento do ocorrido. Da mesma forma se refere ao titular da ação penal, seja na ação penal pública (MP) ou da ação penal privada (Cônjuge, ascendente, descendente e irmão).

O CPP também considera causa de nulidade um processo em que não há denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante. Em verdade, se trata de elementos basilares do processo penal acusatório instaurado no sistema jurídico brasileiro. É indispensável que o juiz seja acionado por meio de uma acusação, para que o mesmo possa iniciar um processo. Trata-se de hipótese de nulidade absoluta porque viola inúmeros princípios constitucionais: devido processo penal, ampla defesa e contraditório, imparcialidade e etc.

A ausência do exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167 é também causa de nulidade pontuada pelo CPP.

Há uma corrente doutrinária que entende não ser aplicada em todas as hipóteses, por exemplo, no caso de sentença absolutória e a ausência de corpo de delito. Não seria justo atribuir ao MP a possibilidade de recorrer unicamente sob o argumento de que não há corpo de delito como sendo causa de nulidade do processo. Aqui, é indispensável compreender que o sistema de garantias processuais é direcionado ao Acusado, e não ao Estado (MP, por exemplo).

É hipótese também de nulidade a ausência de nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos. Trata-se de uma das principais hipóteses de nulidade absoluta do processo, pois enseja violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

A ausência da intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública é

hipótese de nulidade estipulada pelo CPP. O alvo aqui é uma preocupação com a função persecutória.

A inexistência da citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa são hipóteses de nulidade absoluta porque atinge diretamente a ampla defesa e o contraditório. Nesse dispositivo, merece algumas considerações. Primeiro o fato de que a citação do réu é condição elementar para a formação do processo penal, pois é por meio da citação que haverá a incidência daquilo que o mesmo deverá se defender. No que tange ao interrogatório, hoje, este ato, via de regra, é o último da instrução e não mais o início, como antigamente. O interrogatório é um meio de defesa, mas nada o obriga a querer ser interrogado. Ou seja, se o acusado se recusa a ir no interrogatório não pode posteriormente arguir nulidade, porque o que à época, se presumiu foi o exercício do Direito ao Silêncio, que lhe é resguardado.

A ausência de sentença de pronúncia, do libelo e da entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas nos processos perante o Tribunal do Júri também enseja a nulidade. Assim como a ausência da intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

As demais hipóteses pouca importância tem em face do problema de pesquisa proposto nessa monografia, senão a relacionada ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, quando não se atende ao *quorum* legal para o julgamento, que se reveste de hipótese de nulidade.

Finalizando esta seção da monografia, é crucial compreender se as hipóteses de nulidades trazidas no art. 564 do CPP são de natureza absoluta ou relativa. É indiscutível que aquelas cuja matéria afetada tem respaldo constitucional flagrante, não resta dúvidas de serem de natureza absoluta. Mas a questão que merece enfoque refere-se as hipóteses que não há expressamente (observe, que implicitamente tem) violação a normas constitucionais.

Alencar (2016) entende que todas as hipóteses do art. 564 do CPP são nulidades absolutas, isso porque, para ele, indicam natureza cogente para o magistrado destinatário do enunciado, máxime pelo uso do verbo “ocorrerá”. Entende o autor que a comissão expressa de nulidade aponta o querer do legislador em aludir a elementos essenciais dos atos processuais elencados ali.

Se pontuarmos as hipóteses do art. 564 com a principiologia processual penal hodierna, sempre poderemos atribuir violação a um princípio constitucional, seja pelo juiz natural, contraditório e ampla defesa, duplo grau, ou até mesmo, pelo devido processo legal. Posto isto,

defendemos nesse trabalho a mesma linha de raciocínio de Alencar (2016), para o qual todas são hipóteses de nulidades absolutas.

Só que não podemos olvidar o fato de que não basta ser hipótese de nulidade absoluta para que haja a ineficácia do ato, é indispensável, segundo a sistemática do CPP haver prejuízo. E é nesse quesito, que se passa para a última seção desse artigo.

4. O PROBLEMA DO PREJUÍZO

Dentro da teoria das nulidades utilizadas no processo penal brasileiro, que se diga, ser correlata à teoria geral do direito (civil, surpreendentemente), a presença do prejuízo se tornou uma mácula indispensável - injusta e inconstitucional, também - à decretação da nulidade em um ato.

A princípio, a exigência da demonstração do prejuízo para a expedição da norma declaratória se restringia apenas às nulidades relativas – e mais uma vez, demonstramos nosso inconformismo com essa classificação civilista: relativa *versus* absoluta -. Para a qual, o que se pontua no "jogo" são interesses eminentemente das partes – será que há isso no âmbito do processo penal? -.

Segundo Gloeckner (2010, p. 474), na elaboração de sua tese de doutorado, o princípio da taxatividade substitui a necessidade de demonstração de prejuízo na hipótese de nulidade absoluta. Isso porque, as nulidades absolutas são taxativamente identificadas. E mais, qualquer tendência a ampliar os casos de exigência da comprovação do prejuízo em matéria processualista penal – e aí, a hipótese de nulidade absoluta -, é um fenômeno "absolutamente inconstitucional e ilegal".

De plano, talvez pela data em que o referido jurista tenha elaborado sua pesquisa, não se defendia a exigência do prejuízo e a expansão com que as nulidades absolutas passaram a sofrer.

Hoje, os tribunais superiores são firmes no sentido de ser necessário também a demonstração do prejuízo na hipótese de nulidade absoluta. E criticamos ferrenhamente esse entendimento jurisprudencial.

Justifica-se tal crítica pela indeterminação acerca do que vem a ser prejuízo. Porque veja, o CPP, em seu art. 563, assim expressa: "Nenhum ato será declarado nulo se não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". E no art. 566, confirma: "Não será declarada a nulidade de ato processual que não tiver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa".

Não há um conceito do que vem a ser prejuízo. Coutinho (2000, p. 44) assim se expressou:

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

Em suma, defender a necessidade de comprovação do prejuízo para a declaração de nulidade a um ato nulo, "não passa de uma tentativa de se realizar uma verdadeira burla de etiquetas, cujo fim ultimo é a manutenção, na logica que lhe é imanente, de uma ilegalidade congênita que se torna assim, mascarada", conforme ponderou Gloeckner (2010).

Assim, observa-se que sendo a parte acusada, a portadora do interesse em ver declarada a nulidade de determinado ato, recai sobre ela um ônus *probandi* típico da teoria do processo civil.

No âmbito penal, ao contrário, apenas o autor é quem tem o ônus probatório. É, em sua grande maioria, o MP, quem tem que provar a autoria e a materialidade delitiva. É o *parquet* que tem de demonstrar a inexistência de causa excludente de ilicitude – e não o contrário, como muitos entendem -. Ao réu, é tarefa apenas se defender. E para que haja sua defesa de forma ampla – proteção ao princípio da ampla defesa e contraditório -, não pode o sistema jurídico exigir que ele prove haver um prejuízo. Qualquer ato, em tese, praticado no processo penal, em desrespeito a algum princípio, por si só, tende a prejudicar a parte mais fraca do processo. E não precisa de muitas elucidações para afirmar que o acusado é sim, a parte mais frágil. A iminência de uma sentença penal condenatória por si só já é o maior dos prejuízos no processo penal brasileiro.

Tem que haver a compreensão de que o sistema jurídico brasileiro é acusatório, levando em consideração os ditames pós CRFB/88. E mais, processo idealizado, é o constitucional-democrático. A existência da principiologia no sistema penal deve-se ao fato de se proteger uma pessoa que tem contra si, toda a estrutura de um Estado, que sempre em seu histórico, o anseio repressor e inquisitivo eram patentes. Princípios que tendem a não proteger o acusado da máquina estatal, devem ser verificados e interpretados de forma muito mais restrita do que os protetivos. A relação jurídica processual penal não é justa e equânime quando a proteção se desfavorece em relação ao Estado, que tem a polícia judiciaria, o Ministério Público e o próprio julgador em seu favor.

O problema está nas distorções dos princípios já concebidos no sistema jurídico posto, ou na elaboração - e a trazida dos outros ramos, também - de princípios que tendem a problematizar ainda mais a desproteção ao acusado.

Grau (apud Paschoal, 2014, p. 30) pondera que:

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

Desta feita, o propósito dos princípios que revestem os direitos fundamentais dos acusados, em síntese, deve ser utilizado para tal. O que acaba por ser manifesto contrassenso quando o judiciário utiliza de tais princípios para prejudicar. Quando um juiz utiliza de um princípio (de caráter extremamente vago e amplo) para fundamentar uma decretação de prisão preventiva pelo fundamento da ordem pública, por exemplo, ele está utilizando do que deveria ser para proteção, para a segregação, prejudicando o acusado. O simples fato de haver essa prisão, por conseguinte, é hipótese de prejuízo presumido.

4.1. A SANABILIDADE E PRECLUIBILIDADE NA TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS

É possível defendermos que um ato jurídico no sistema penal praticado em desconformidade ao ordenamento jurídico possa ser sanado? A justificativa para haver a sanabilidade de um ato jurídico, em síntese, é sua preclusão. E a preclusão de um ato insubordinado ao sistema jurídico se dá porque é hipótese de sanabilidade – é uma explicação teratológica infundada em argumentos científicos -.

Veja, não há, dentro da teoria do direito, uma explicação lógica, senão aquela do direito civil decorrente dos efeitos da inercia da parte, e que recebe como consequência a preclusão, por ser matéria disponível – isto é, de interesse apenas das partes -.

Não há mais como se sustentar a distinção entre nulidade absoluta e relativa no processo penal brasileiro. Não se pode mais argumentar que o ato anulável no processo penal decorre de interesse exclusivo da parte. Não existe, como bem disse Gloeckner (2010), no âmbito do processo penal, interesse restrito ao âmbito particular quando um ato fora praticado em desconformidade ao sistema processual. Há sempre, um interesse público em "toda a erradicação de atos praticados em desprezo à forma que, como exaustivamente mencionado, é garantia".

O questionamento que norteia a necessidade de pesquisar ainda mais a preclusão da arguição da nulidade relativa e a consequente convalidação do ato processual pelo transcurso temporal se limita a compreender se é justificável, no plano do direito processual penal, tornar válido um ato que outrora era inválido - se é que isso é possível -, apenas pela passagem do tempo?

Gloeckner (2010, p. 455) afirma que:

> [...] a convalidação do ato processual falho é uma herança da teoria do negócio jurídico, que se sustenta a partir não apenas do princípio de convalidação, mas de conservação dos negócios jurídicos. E, uma vez mais, se está diante de interesses manifestamente disponíveis, o que não se verifica no processo penal. Demais disso, é preciso salientar que a proibição de arguição das nulidades relativas extemporaneamente é produto de uma vontade de verdade que tenciona, a todo custo, controlar e tornar ineficazes as formas de contração do poder.

O propósito de admitir essas ideias transpostas do processo civil, em suma, se coaduna com o interesse da celeridade processual, mesmo que para alcançar tal desiderato, seja permitido mitigar –ou extirpar – direitos fundamentais do acusado. Em verdade, se nota um imperativo em acelerar ainda mais, a justiça penal.

Defendendo essa pluralidade de interesses no âmbito do processo penal (público *versus* privado) se consolida a distinção entre os interesses populistas (público, portanto) de punição aos acusados de qualquer forma e aqueles da minoria (privado, obviamente) de se defender o acusado, já que a sociedade como um todo (já que lugar "de bandido" ou é na cadeia, ou é no cemitério).

E onde o Judiciário brasileiro – de modo geral -, vem priorizando muito mais o discurso populista - e simbólico, portanto -, o interesse público é prevalente, o que justifica haver a preclusão ainda enraizada no sistema jurídico penal.

O problema científico em reconhecer a preclusão como sendo consequência da institucionalização do tempo no processo penal se refere ao fato de que há uma inversão (a)científica dos elementos essenciais ao ato jurídico, senão vejamos:

Ficou explicado no capítulo anterior desta monografia, que a existência da nulidade (como consequência de uma norma declaratória) incide no plano da validade. Ao passo que a omissão/inação/preclusão remonta ao plano da eficácia. O ato sendo nulo, nem se discute a eficácia, porque é requisito para análise da eficácia, a preexistente validade do ato. Então se um ato é nulo, sequer vamos analisar sua eficácia. E como se explica, então, que a preclusão - como efeito da eficácia – torna um ato válido, quando da análise de sua validade, o mesmo era inválido? Encontramos um paradoxo, uma aporia, uma situação quase que sem explicação.

Mas os defensores da nulidade relativa no âmbito do processo penal vêm, e explicam: se justifica a existência dessa "mutação" conceitual, pelo simples fato de que a nulidade relativa é precluível, sanável, etc., ao passo que a preclusão ocorre, porque se trata de nulidade relativa. Ou seja, não explicam nada. Argumentam o inócuo. Pesquisam o que não se pode pesquisar.

Não existe fundamento para defendermos a permanência das hipóteses de preclusão e sanabilidade dos atos inválidos no sistema processual penal. Todos os atos processuais penais praticados em desconformidade ao sistema posto devem ser declarado nulo e ponto. É caso de nulidade absoluta.

Nulidade não se confunde com invalidade, conforme já discutimos no capítulo anterior. Muito embora no processo civil possa haver a confusão conceitual, no processo penal é diferente. Um ato inválido por si só produz efeitos, pois é necessário haver uma norma declaratória de sua nulidade, ou seja, aqui, apenas com a declaração judicial é que teremos a não produção de efeitos.

O problema está, como já dito alhures, na falsa ideia de que na hipótese de nulidade relativa o ato é passível de sanabilidade, ou seja, de correção e/ou aceitação pelo sistema jurídico. Gloeckner (2010) pondera que só muda de nome do processo civil, pois lá vige o princípio da conservação do negócio jurídico, ao passado que no processo penal, se trata do princípio da economia processual.

Sendo assim, no processo penal, a nulidade apenas declara a invalidade que já estava perpetuada, somente desconstituindo os efeitos dela decorrente. A norma declaratória só acontece após a prática do ato, ao passo que a invalidade, no instante que o mesmo está sendo praticado em desacordo aos dispositivos normativos.

Agora o problema está na existência ou não da necessidade em demonstrar o prejuízo. Que é outro problema inquietante.

4.2. O ESTUDO DO PREJUÍZO À LUZ DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Não há uma definição legal de prejuízo no sistema penal. Em verdade, que se identifica, é uma margem de discussão e confusão entre a doutrina e a jurisprudência, isto porque, esta decide de forma a contrariar completamente o que a doutrina argumenta.

Em suma, não se identifica tampouco uniformização na jurisprudência acerca do que vem a ser prejuízo, muito menos, a respeito do que diferencia concretamente uma nulidade absoluta da relativa.

Paschoal (2014), inclusive, fez um estudo jurisprudencial acerca dos fundamentos declaratórios da nulidade relativa no STF e no STJ, e chegou a conclusão de que não há

fundamento. O que se visualizou nos julgados analisados pelo autor, é um efeito de remição infinito, que prevê apenas que determinado vício é sanável (e, portanto, nulidade relativa), porque em outro momento, em outro julgado, os Ministros assim entenderam. E fazendo uma busca sobre os fundamentos que fizeram com que estes últimos Ministros tenham julgado desta forma, apenas observou mais uma vez remições infinitas. Ou seja: chegamos mais uma vez na concepção de que a jurisprudência não se debruça sobre os argumentos científicos, tampouco, apresenta cientificidade em suas alegações – se é que assim podemos classificá-las -.

E o pior, é quando se discute a mutação com que a jurisprudência passa ao longo dos anos. É curioso como algo que outrora era considerado nulidade absoluta agora é exemplo de nulidade relativa, ou vice-versa. Não há um parâmetro concreto e científico adotado pela jurisprudência. Se em determinada época, dependendo da composição do Tribunal, há acórdão classificando determinado ato como hipótese de nulidade absoluta, havendo a modificação da composição desse Tribunal, a tendência a modificar o que se entendeu como sendo absoluto é latente. Isto é, o que define uma nulidade ser ou não relativa, não é o interesse das partes (como se verifica no processo civil), mas sim, o juízo do julgador.

Santos (2014) argumenta que a ideia de prejuízo perpassa sobre dois campos: um no sentido de juízo prévio, e o outro, correlato à desvantagem.

Havendo prejuízo, há probabilidade de declaração da nulidade. A questão se complica ainda mais, sobre a necessidade de demonstração de prejuízo efetivo, isso porque, no CPP não há qualquer menção a tal exigência, mas tão somente "ao prejuízo". E mais interessante fica quando se debruça sobre a possibilidade de haver prejuízo presumido na hipótese de nulidade absoluta.

Veja que são questões que extrapolam a discussão legal, e impregna nos discursos teóricos.

Há quem entenda que a exigência de demonstração de prejuízo se restrinja apenas às nulidades relativas, tendo em vista que o mesmo é presumido nas nulidades absolutas. Nesse sentido, inclusive, tem Súmula editada pelas Mesas de Processo Penal da USP.[2]

O STF, por sua vez, não vem entendendo exclusivamente desta feita, pois conforme o julgado abaixo:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL PELO CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. 1. Ausência de demonstração de prejuízo concreto para o Paciente pela ausência de oitiva de testemunha por ele arrolada. 2. Sem a demonstração de

[2] Súmula 37 – Mesas de Processo Penal da USP: "Á luz dos referidos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve a lei catalogar expressamente hipóteses de nulidade absoluta, quando então o prejuízo é presumido".

> prejuízo, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief, corolário da natureza instrumental do processo, não se decreta nulidade no processo penal. Precedentes. 3. Ordem denegada. STF - HABEAS CORPUS : HC 110647 SP. DJe-058 DIVULG 24-03-2014 PUBLIC 25-03-2014.

A suposta violação a ampla defesa e contraditório é típica exemplificação de nulidade absoluta – a não ser que o Supremo já tenha modificado tal entendimento -. Em suma, o STF vem caminhando para reconhecer a necessidade de demonstração de prejuízo não apenas nas nulidades relativas, mas também, nas nulidades absolutas. E mais, essa demonstração tende a ser efetiva. O que é amplamente criticado pela doutrina.

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR EM PRIMEIRA INSTÂNCIA RENUNCIADO AO DIREITO DE APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO E A PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA MILITAR SE MANIFESTADO EM SEGUNDA INSTÂNCIA PELA MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não se há cogitar de nulidade, pois o Ministério Público Militar apresentou a "renúncia ao direito de contrarrazoar" em primeira instância na condição de parte, o que não impede a manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar como custos legis no Superior Tribunal Militar. 2. Efetivo prejuízo não demonstrado pela Impetrante, sem o que não se decreta nulidade no processo penal, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*, corolário da natureza instrumental do processo. Conforme o art. 563 do Código de Processo Penal, a demonstração de prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela absoluta ou relativa. Precedentes. 3. Ordem denegada. STF - HABEAS CORPUS HC 131077 PE PERNAMBUCO 0007844-87.2015.1.00.0000 (STF) Data de publicação: 01/02/2016.

Em outra esteia, há julgados também no sentido de ser o prejuízo presumido.

> PROCESSO PENAL - DENÚNCIA - AUDIÇÃO PRÉVIA DO ACUSADO - FORMALIDADE - NATUREZA. A defesa prévia do acusado, antecedendo o recebimento da denúncia, é formalidade essencial imposta por norma imperativa. PROCESSO PENAL - DENÚNCIA - AUDIÇÃO DO ACUSADO - PREJUÍZO. O simples fato de olvidar-se elemento próprio ao devido processo legal gera a presunção de prejuízo, que, depois de prolatada decisão condenatória, fica certificado mediante instrumento público formalizado pelo Judiciário. STF - RECURSO EM HABEAS CORPUS : RHC 95140 SP. DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00226. Relator: Min. Marco Aurélio.

Desta feita, não há um entendimento uníssono acerca do prejuízo no sistema penal posto pela jurisprudência. Muito pelo contrário, há um contrassenso que se perpetua e dificulta ainda mais as discussões acerca dos direitos e garantias fundamentais. A preocupação em atender aos anseios sociais, de forma a pacificar a sentimento de justiça alegado pela sociedade como um todo, é que tem dimensionado ao julgamento de certos casos. E isso é um problema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de chegar a uma solução clara e objetiva, tampouco, de esgotar a temática, a pretensão albergada na execução desta pesquisa fora identificar o que circula ao entorno das nulidades processuais penais a ponto de compreender que a teoria "emprestada" para lidar com as questões das nulidades processuais penais não consegue atender seu desiderato, configurando, em verdade, afronta aos direitos fundamentais do acusado.

Na sistemática processual penal brasileira, não há uma teoria exclusiva do processo penal quando o assunto é nulidades. Emprestamos da teoria geral do direito civil elementos categóricos – e quase exclusivos – para explicarmos fenômenos processuais penais.

Isso, em verdade, constitui uma ilegalidade estampada, na medida em que os bens jurídicos tutelados são extremamente distintos. No processo penal, não temos bens disponíveis, o que se está em pauta, é a liberdade do acusado.

Questões como sanabilidade, precluibilidade, nulidades relativas são resquícios de um sistema falho, que merece a todo momento ser reformado. Posto isto, não se tem uma resposta dada sobre qual teoria das nulidades deve ser aplicada no processo penal, mas tem-se a certeza de que a trazida pelo processo civil é inaplicável.

A preocupação mais com a forma, do que com o próprio mérito processual penal acaba por não apenas mitigar direitos do acusado, mas também, compartilhar injustiças ainda maiores, quando se olvida que, muito embora a CRFB/88 tenha sistematizado um sistema acusatório, ainda tem-se observado com certa frequência, juízes que mais estão para acusar à julgar com imparcialidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal:** doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2016.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 janeiro de 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2000, p. 44.

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

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal:** teoria, crítica e práxis. 6. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da UFPR, Paraná, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 5. Ed. Editora Lumen Juris: Rui de Janeiro, 2010.

MARQUES, Tiago Pires. La riforma penale fascista italiana:un modello Internazionale. **Studi sulla questione criminale, III, n. 1, 2008.**

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, Jul/Dez. 2014. Disponível em: http://www.bidforum. com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=212868. Acesso em 12 de Janeiro de 2020.

SANTOS, Diego Prezzi. NULIDADES, PREJUÍZO E CONSTITUIÇÃO: Análise dos Novos Horizontes Construídos pela Doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal. Nómadas. **Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, vol. 42, ed. 2. p. 25-26, 2014.**

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da competência pela prerrogativa de função**. Revista dos Tribunais. Vol 108. P. 397-410. São Paulo: Ed. RT, mar. 2003**.