

OS ATOS PROCESSUAIS DEFEITUOSOS E A CRISE DA TEORIA DAS NULIDADES: A FORMA COMO GARANTIA

THE DEFECTIVE PROCEDURAL ACTS AND THE CRISIS OF THE NULLITIES THEORY: THE WAY AS WARRANTY

Ronny Max Machado¹

Rafael Khalil Coltro²

RESUMO

Os atos processuais defeituosos e a crise da teoria das nulidades consiste em um estudo necessário para melhor compreender os mecanismos de proteção das garantias fundamentais dos acusados em processos penais. O Sistema de Justiça Brasileiro tem o dever de respeitar as formas que constituem os atos processuais, sob pena de serem declarados nulos em prol da defesa dos direitos inerentes aos réus. Por meio da metodologia da revisão bibliográfica, o presente artigo tem por objetivos fazer uma rápida conceituação acerca da teoria das nulidades para então tornar a discussão em face da tradicional tese e amplamente aplicada em nosso ordenamento jurídico brasileiro, que por sua vez busca classificar as atipicidades processuais como sanções, e conceituam as nulidades em absolutas ou relativas, para então analisar se o atual sistema de invalidades processuais, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, se utiliza de premissas coerentes com o sistema principiológico adotado, além de analisar se tais premissas realmente partem da matriz constitucional, estruturando-se a partir do conceito de ato processual defeituoso.

Palavras-chave: Atos processuais; Teoria; Nulidades; Garantia.

ABSTRACT

¹ Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Email: ronnymaxm@yahoo.com.br

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande de Sul (PUC/RS). Advogado. Membro da Comissão de Direito Penal da OAB/SP e Associado do Instituto Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Email: rkcoltro@gmail.com

Defective procedural acts and the crisis in the theory of nullity is a necessary study to better understand the mechanisms for protecting the fundamental guarantees of the accused in criminal proceedings. The Brazilian Justice System has the duty to respect the forms that constitute the procedural acts, under penalty of being declared null in favor of the defense of the inherent rights of the defendants. Through the literature review methodology, this article aims to make a quick conceptualization about the theory of nullities and then turn the discussion in the face of the traditional thesis and widely applied in our Brazilian legal system, which in turn seeks to classify the atypicalities procedural as sanctions, and conceptualize nullities as absolute or relative, to then analyze whether the current system of procedural invalidity, in force in the Brazilian legal system, uses premises consistent with the adopted principle system, in addition to analyzing whether such premises really depart from the constitutional matrix, structuring itself from the concept of defective procedural act.

Keywords: Procedural acts; Theory; Nullities; Warranty.

INTROUÇÃO

Questão tormentosa para qualquer operador do direito comprometido com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito, é o instituto das invalidades no processo penal, ou melhor, a prática de atos processuais defeituosos, cuja casuística dificulta sobremaneira o estabelecimento de uma estrutura teórica dotada de suficiência para dar conta de tamanha complexidade.

Mais grave revela-se a situação quando cotejada com as absurdas relativizações diariamente feitas por alguns tribunais e juízes, muitas vezes meros repetidores do senso comum teórico, calcados na equivocada premissa da teoria geral do processo, ou da equivocada aplicabilidade do ato jurídico, matriz conceitual do direito material (Código Civil), que se revela completamente descabido, até porque, no processo, a nulidade de um ato depende sempre de reconhecimento através de decisão judicial, o que não sucede no direito privado (em que o ato nulo não produz qualquer efeito, pois a ineficácia é automática).

O presente artigo, por meio da metodologia da revisão bibliográfica apresentará a Teoria das Nulidades conforme o senso comum teórico e os contrapontos doutrinários existentes para na sequência proceder com uma análise crítica da teoria das nulidades.

1 A TEORIA DAS NULIDADES CONFORME O SENSO COMUM TEÓRICO

O legislador, ao elaborar o ordenamento jurídico pátrio, adotou o princípio da legalidade dos atos processuais como um dos princípios regentes do código de processo penal. Como nos explica Carnelutti “o legislador constrói um modelo ao qual o juiz, os assistentes e as partes devem ajustar-se, agindo de modo como lhes é indicado”.³

Assim, a tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais, ao contrário: a atividade processual é regulada através de formas, que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm, sendo que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Desta forma, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo⁴.

Portanto, somente aqueles atos realizados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento jurídico e aptos a produzirem os efeitos desejados. Tais atos são denominados “atos processualmente típicos” e para que o referido ato processual possa ser perfeito, produzindo efeitos jurídicos, é preciso que ele se amolde à forma descrita na lei, sendo que sua atipicidade pode acarretar em uma nulidade (absoluta ou relativa) ou em simples irregularidade⁵.

Grande parte da doutrina professa que a atipicidade do ato processual pode variar em sua intensidade, podendo ser em graus menores ou maiores. De acordo com o grau maior ou menor de desconformidade entre o ato praticado e o modelo previsto na lei, poderão variar as consequências da inobservância da forma legal.

Ada Pellegrini, Scarence Fernandes e Magalhães, conceituam muito bem sobre o tema:

Em alguns casos, a desconformidade com o modelo legal é tão intensa que se chega a falar em **inexistência do ato**; em outros, ao contrário, o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída,

³CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones Sobre El Proceso Penal**. V. 03. Buenos Aires: Bosh, 1950, p.10.

⁴FERNANDES, Antonio Scarence; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As Nulidades No Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p.17.

⁵Além disso, pode-se falar também de inexistência, ou ato inexistente.

de sorte que podem ser considerados *meramente irregulares*, sem que sua eficácia esteja em jogo; e finalmente, para certos desvios de forma estabelece-se a sanção de *nulidade*, pela qual a lei possibilita que se retire do ato a aptidão de produzir efeitos (...) cumpre ainda distinguir os casos de *nulidade absoluta* e *nulidade relativa*(...) (gf).⁶

Deste modo, a maior parte da Doutrina⁷ trabalha com a construção de conceitos teóricos que definem que a ocorrência de atos processuais tipicamente imperfeitos pode acarretar nulidades⁸, que podem, por sua vez, serem *absolutas* ou *relativas*.

As nulidades denominadas “*Absolutas*”, segundo o senso comum teórico e jurisprudencial, podem ser observadas, basicamente, quando, do ato processual praticado, decorre uma violação de norma cogente, que tutela interesse público, ou em face da inobservância de um princípio constitucional.

Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, independentemente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida inclusive de ofício pelo juiz. Sendo alegada pela parte, não necessita a demonstração de prejuízo, pois o mesmo é presumido.

Já as nulidades denominadas “*Relativas*”, podem ser observadas, basicamente, quando, do ato processual, decorre uma violação de uma norma que tutela interesse privado, essencialmente da parte, e depende da postulação da parte interessada, não podendo ser reconhecida de ofício.

Ou seja, seriam aquelas nulidades decorrentes de um ato processual revestido de um defeito “pequeno”, ou “não tão grave” como no caso anterior, cabendo à parte interessada postular o reconhecimento da nulidade e, ainda segundo o senso comum radicado em nosso ordenamento jurídico, exige a demonstração de efetivo prejuízo processual à parte que o alegou, caso contrário, não haverá nulidade do ato.

⁶FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As Nulidades No Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p.18.

⁷Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: Editora RT, 2016; e outros.

⁸Também podem acarretar no reconhecimento de um ato inexistente ou mera irregularidade processual, vide: LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p.936.

E neste ponto fundar-se-á uma crítica, pois, como será demonstrado adiante, o referido conceito acaba por conceber um instrumento que, buscando evitar-se um excesso de formalismo processual, procurando uma aplicabilidade mais efetiva do Direito Processual Penal, em muitos dos casos, resta por ser utilizado a serviço do utilitarismo e do punitivismo, em detrimento do princípio constitucional da legalidade.⁹

2 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS NULIDADES

Após as devidas recapitulações conceituais acerca da Teoria das Nulidades Processuais, o presente artigo passará às considerações críticas acerca da eficácia da referida teoria no plano do Processo Penal.

A primeira ponderação é no sentido da necessidade de comprovação de prejuízo, ou melhor, de ausência do mesmo, como critério para distinção entre as nulidades *relativas* e as *absolutas*. Tal critério não é adequado para consolidar tal diferenciação, pois gera amplo espaço para manipulação.

Explica-nos Aury Lopes Jr.¹⁰ que tal problema surge, na equivocada transmissão de categorias do processo civil para o processo penal, sendo muito comum a evocação do princípio *pas de nullité sans grief*¹¹ (não há nulidade sem prejuízo) no processo penal,

⁹Neste sentido: LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p.945.

¹⁰*Ibid*, p.943.

¹¹ A alegação acima quanto ao caráter comum de evocação do princípio *pas de nullité sans grief* trazemos o seguinte julgado e do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSUMAÇÃO DO ROUBO. POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO PRETÓRIO EXCELSO CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. AUSÊNCIA DAS CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE IMPOSSIBILITA O EXAME DA LEGALIDADE DA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenado em segunda instância como incurso no art.

157, caput, do Código Penal, em sua forma consumada.

2. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal.

É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief.

3. Anulado o primeiro acórdão, o fato de novo julgamento ter sido realizado com a prévia intimação pessoal do defensor público, tal como obriga a lei, não leva à conclusão de que era forçosa a modificação do entendimento anteriormente adotado pela Corte. Se eventual apresentação de memoriais ou realização de

desprezando-se que a violação da forma processual no processo penal implica grave lesão ao princípio constitucional que ela tutela, constituindo um defeito processual insanável (ou nulidade absoluta), pois toda norma processual penal tutela algum princípio constitucional, pois se diferente fosse, tal norma não deveria sequer existir.

Além disso, existe uma grande imprecisão em torno do que seria “prejuízo”, e ainda uma grande problemática no que se refere ao fato da parte que se sinta prejudicada (geralmente a defesa) faça prova da real existência dele e de um real prejuízo. Resta muito impreciso conceituar o que seria definido como prejuízo, pois trata-se de um conceito completamente indeterminado, como bem explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

(...)prejuízo, em sendo um **conceito indeterminado** 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 (g.f.).¹²

Ou seja, ao exigir-se que a parte tenha que demonstrar o real prejuízo decorrente de um ato processual defeituoso, fere-se a premissa de que no processo penal, forma é garantia. Se existe na lei a forma para cada um dos atos processuais serem executados pelos operadores do Direito, o correto é entender que a prática da atipicidade processual gera automaticamente prejuízo, pois caso contrário, seria o mesmo que dizer que o legislador, ao

sustentação oral não foi suficiente para convencer os julgadores das teses suscitadas pela Defesa, não há razões para se exigir a agregação de novo conteúdo ao acórdão originário, desde que razoável a fundamentação deste. 4. No que se refere à consumação do crime de roubo, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da apprehensio, também denominada de amotio, segundo a qual considera-se consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

5. A avaliação de eventual ilegalidade na primeira etapa da dosimetria da pena constitui operação impossível no caso concreto, notadamente porque a Impetrante não se desincumbiu do ônus - que lhe cabia - de trazer aos autos a folha de antecedentes criminais do Paciente.

6. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos.

7. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art.

67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para o fim de reconhecer a atenuante de confissão espontânea e compensá-la com a agravante de reincidência, reduzindo a pena, por conseguinte, para 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado, nos termos do voto condutor.

(HC 196.055/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/09/2013)

¹²COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal**

Brasileiro. Porto Alegre: Revista de Estudos Criminais, nota Dez Editora, n. 1, 2007, p.44.

criar um rito ou uma formalidade, o faria por puro amor à forma, o que não faria o menor sentido.

O Superior Tribunal de Justiça em algumas de suas decisões enfatiza a questão da prova do prejuízo o que reforça as questões aqui discutidas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMERCIALIZAÇÃO DE APARELHOS AUDITIVOS ADULTERADOS. SUSPEIÇÃO DECLARADA DE OFÍCIO. MOTIVO SUPERVENIENTE À INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO. NULIDADE DOS ATOS ANTERIORMENTE PRATICADOS. VÍCIO NÃO OCORRENTE. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ENQUADRAMENTO TÍPICO. DELITO FORMAL. EFETIVO DANO. EXAURIMENTO. 1. A suspeição, em razão de causa superveniente à instauração da ação penal, não gera a nulidade dos atos processuais precedentes. 2. À míngua de qualquer nulidade, se a suspeição exsurge no decorrer do procedimento, os atos até então praticados devem ser tidos como válidos. 3. Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

4. Necessidade de demonstração do prejuízo experimentado em razão dos atos praticados pelo Magistrado antes do reconhecimento da existência da causa de suspeição. Ônus do qual não se desincumbiu o réu, que se limitou a afirmar que os atos seriam absolutamente nulos.

5. A comercialização e adulteração de próteses auditivas defeituosas, apresentadas aos pacientes como se novas fossem se enquadra perfeitamente na descrição abstrata da norma penal descrita no art. 273, § 1º, do Código Penal. 6. O objeto material do tipo em questão é o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado e o objeto jurídico é a saúde pública. 7. O delito descrito no art.

273 do Código Penal é formal (que não exige, para a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um dano para alguém). Ocorrendo dano, fala-se em exaurimento.

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1565008/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018) (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES (ART. 157, § 1º, CP). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. REVELIA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO AO JUÍZO SOBRE MUDANÇA DE ENDEREÇO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DO AGENTE VALORADA COM BASE NA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS.

CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, sejam recursos próprios ou mesmo a revisão criminal, salvo situações excepcionais.

2. O acusado não pode se furtar de comunicar ao juízo eventuais mudanças de endereço, de acordo com o art. 367 do Código de Processo Penal, tendo em vista o dever de lealdade processual imputado às partes, bem como o dever de colaborar com o devido processo legal.

Precedentes.

3. No caso, ao não informar a alteração de endereço e não apresentar motivo justificado pelo não comparecimento à audiência de instrução e julgamento, correta a aplicação da revelia.

4. É entendimento consolidado nesta Corte Superior que somente serão reconhecidos nulos os atos processuais dos quais adveio comprovado prejuízo a alguma das partes.

5. Ausente constrangimento ilegal na consideração negativa da circunstância judicial da personalidade do agente, com base na existência de condenações com trânsito em julgado. Precedente.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 238.076/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016)(grifo nosso)

Entretanto, não é possível ignorar o fato de que a lei processual penal brasileira é defasada, o que em muitos casos pode causar um excesso de formalismo, que pode vir a dificultar a aplicabilidade da tutela jurisdicional estatal no caso prático, sendo, portanto, urgente uma modernização legislativa, a exemplo da realizada no Uruguai em 2017, buscando adaptar a legislação processual daquele país à realidade dos dias atuais.

Mas, diante da inércia do legislativo no que tange a modernização do Código de Processo Penal (ao menos até o presente momento), é preciso que as “adaptações” para tornar aplicáveis as leis criadas há cerca de 80 anos, sejam fundadas nos princípios e garantias constitucionais, não sendo compatível com os princípios regentes de nosso ordenamento jurídico penal a obrigatoriedade da parte ter o dever de provar o prejuízo de uma irregularidade processual. Neste sentido, explica Gustavo Badaró:

Não é necessária a demonstração do prejuízo, pois o correto é o inverso: a eficácia do ato ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. Ou seja, não é parte que alega a nulidade que deverá “demonstrar” que o ato atípico lhe causou prejuízo. Será o juiz que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a finalidade.¹³

Deste modo deve-se considerar que para que seja possível aplicar a teoria do prejuízo no processo penal, deve-se ocorrer uma “inversão de sinais”¹⁴, não devendo a parte ter que demonstrar que o ato atípico lhe causou prejuízo, mas sim, o Estado, por meio do

¹³BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: Editora RT, 2016, p.190.

¹⁴Neste sentido: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p.945.

magistrado, demonstrar que não causou, desincumbindo a defesa desta carga probatória e atribuindo-a ao Estado.

Outra questão aqui elencada, é a referente à morfologia das nulidades, que as subdivide em absolutas e relativas. Tal subdivisão mostra-se de mesma sorte ineficiente e inadequada para o processo penal, pois parte de uma teoria oriunda do Direito Civil, denominada “Teoria dos Atos Anuláveis e Nulos”, que detém uma inaplicabilidade intransponível no Processo Penal.

Para que se possa entender o porquê desta incompatibilidade, leia-se a breve explicação dada por Carlos Roberto Gonçalves, que de maneira sintetizada conceitua a referida teoria:

A nulidade pode ser absoluta e relativa (...) Nos casos de *nulidade absoluta* existe um interesse social, além do individual, para que se prive o ato(...) A *nulidade relativa* é denominada *anulabilidade* (...) quando a ofensa atinge o interesse particular de pessoas que o legislador pretendeu proteger, sem estar em jogo interesses sociais(...).¹⁵

Inaplicável, portanto, tais conceitos utilizados no Direito Civil no Processo Penal, uma vez que no Direito Penal o bem tutelado é de interesse público, sendo um grande equívoco afirmar que existem formas que tutelam um interesse particular da parte envolvida em uma ação penal, pois nesta área os agentes encontram-se diante de formas que tutelam direitos fundamentais assegurados na Constituição e nos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, não havendo espaço para essa frágil dicotomização público/privado. Em suma: no “Direito Penal se lida com direitos fundamentais”¹⁶.

E no mesmo sentido, se mostra incoerente a impossibilidade do juiz decretar de ofício a chamada *nulidade relativa*, sendo que o papel do magistrado no Processo Penal é o de garantir a eficácia do sistema legislativo de garantias constitucionais, de modo que o Juiz de Direito deve zelar pela devida aplicação da lei penal, na forma estabelecida pelo

¹⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.1. 12. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.476 e 477.

¹⁶LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p.946.

legislador. De nada serve um sistema constitucional de garantias se, no processo penal, não se dá a tutela devida aos princípios constitucionais.

E não se trata de amor excessivo à forma, pela forma em si, mas sim pelo que a forma processual significa em termos de representatividade e eficácia de direitos fundamentais, ou seja, como bem explica Ana Sofia Schhmidt: “não confundir formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma.”¹⁷

Ou seja, é necessário compreender que o sistema de invalidades processuais deve ser observado em face dos princípios constitucionais fundamentais, devendo a nulidade focar em restaurar o princípio afetado, e não meramente restabelecer a forma, sendo que a forma processual garante o princípio constitucional contido naquele ato processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A forma processual é ao mesmo tempo limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades processuais somente irá ter eficácia a partir da efetivação deste conceito, sendo a forma um limite ao poder punitivo estatal e ao mesmo tempo uma garantia do cumprimento da lei àquele que se encontra sob o crivo do Direito Penal.

Assim, a Teoria das Nulidades Processuais deve ter por real objetivo a restauração do princípio afetado, entendendo-se que, quando um ato é realizado em desconformidade com o modelo legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela forma se efetiva, que deve ser auferida no caso concreto e, em caso de real lesão, tal qual seja insanável, deve a nulidade ser decretada, retirando-se do ordenamento jurídico os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vistas à eficácia do princípio lesado.

Deve-se também observar, que para que seja possível aplicar o princípio do prejuízo, deve-se ser a aplicabilidade a teoria da inversão de sinais, ou seja, quando a atipicidade processual não tiver causado prejuízo a um preceito fundamental intrínseco à norma descumprida, o correto seria o magistrado demonstrar que a atipicidade não impediu

¹⁷SCHMIDT, Ana Sofia. **Resolução 05/02: Interrogatório on-line**. Boletim do IBCCRIM, n. 120, 2002.

que o ato atingisse a sua finalidade, e não o contrário, como predomina o entendimento da nossa jurisprudência.

No caso de observar ser insanável o ato defeituoso, deve-se decretar a nulidade do ato, não sendo oportuna para o Direito Processual Penal a divisão das nulidades em relativas e absolutas, pois tal distinção é inadequada, pois tem sua matriz conceitual no Direito Civil e na estrutura dos atos jurídicos, que é totalmente incompatível com o Processo Penal.

A forma processual serve para dar eficácia aos direitos fundamentais e não atua no espaço normativo privado, sendo inadequado para o Processo Penal a categoria de nulidade denominada *Nulidade Relativa*, pois tem suas matrizes fundantes em relações privadas, despidas de significados no Processo Penal.

Assim, conclui-se que forma é garantia. Se existe uma forma processual é porque a tipicidade é uma garantia e a atipicidade, uma ilegalidade. As nulidades estão a serviço da eficácia e da aplicabilidade das garantias constitucionais.

Deste modo, a distinção entre nulidade absoluta e relativa não possui bases em conceitos aplicáveis ao Direito Processual Penal, pois o sistema de nulidades processuais deve sempre partir da matriz constitucional, devendo-se analisar se o descumprimento da forma prevista em lei é “sanável ou insanável”¹⁸, sempre objetivando a manutenção dos princípios protegidos pela norma processual descumprida, não existindo, como no Processo Civil, interesses particulares no litígio, os quais originaram a teoria das nulidades no Direito Civil, que foi “importada” para o Direito Processual Penal.

Deste modo, diante de uma atipicidade processual, deve-se observar duas possibilidades para seu enfrentamento: a primeira, no caso do ato poder ser repetido sem que se atinja a eficácia do princípio constitucional velado pela forma descrita em lei, estaríamos diante de um ato defeituoso sanável, não sendo necessária a anulação do ato, somente sua repetição. Havendo divergência se o ato é sanável ou não, caberá ao magistrado demonstrar a inofensibilidade do descumprimento da forma ao princípio defendido pela mesma.

¹⁸LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p.947.

Notando-se que a mera repetição do ato não se mostrará suficiente para obter-se a eficácia principiológica, deve-se decretar a nulidade do ato processual, sendo denominado este defeito processual insanável

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones Sobre El Processo Penal**. V. 03. Buenos Aires: Bosh, 1950.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As Nulidades No Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1934.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.1. 12. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

SCHMIDT, Ana Sofia. **Resolução 05/02: Interrogatório on-line**. Boletim do IBCCRIM, n. 120, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Submetido em 04.10.2021

Aceito em 20.10.2021