OBRAS DOS AUTORES NA RT

Vide página 299.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Grinover, Ada Pellegrini
As nulidades no processo penal / Ada Pellegrini Grinover,
Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernan-
des. - 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista
dos Tribunais, 2009.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-3555-0

1. Nulidades (Direito) 2. Nulidades (Direito) - Brasil I.
Gomes Filho, Antonio Magalhães. II. Fernandes, Antonio
Scarance. III. Título.

09-09857

CDU- 343.154(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Nulidades : Processo penal
: Direito 343.154(81)

PORTE I

Introdução

CAPÍTULO I

Invalidez e ineficácia dos atos processuais

SUMÁRIO: 1. Formas e atipicidade dos atos processuais - 2. Atos inexistentes, irregulares e nulos: nulidade absoluta e relativa - 3. A invalidade do ato sob a ótica do procedimento - Bibliografia.

1. Formas e atipicidade dos atos processuais

A tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais; ao contrário, a atividade processual também é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm.

Nesse sentido, afirma-se que o processo exige uma atividade *típica*, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correia o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo.

A regulamentação das formas processuais, quando bem aplicada, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir.

O que deve ser combatido, nessa matéria, é o excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça em favor de solenidades estereis e sem nenhum sentido.

É que existem no ordenamento formas completamente inúteis, destituídas de qualquer finalidade. Trata-se do formalismo inócuo, residual, sem explicação lógica, sobreveniente de fases superadas do direito processual. Mas as formas só devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento.

Da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais resulta, em princípio, que somente aqueles atos praticados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados; para os que não atendem aos requisitos mínimos do modelo traçado pela lei, o legislador estabelece *sanções*, que variam segundo a maior ou menor intensidade do desvio do tipo legal.

2. Atos inexistentes, irregulares e nulos: nulidade absoluta e relativa

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, 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.

São atos processuais *inexistentes* aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais; são, na verdade, *não-atos*, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade.

Como exemplos extremos de atos inexistentes, poderíamos lembrar a sentença proferida por quem não é juiz ou a sentença a que falte a parte dispositiva. Ou, como decidido pelo TACrimSP na Ap. 875.559-1, rel. Márcio Bártoli, j. 31.08.1994, a sentença do juiz que já não tem jurisdição no momento da publicação do referido ato, em virtude de promoção a outro cargo. Ainda, conforme STJ deve ser considerada inexistente sentença publicada exatamente na mesma data em que foi publicada a portaria de promoção do juiz sentenciante (HC 14.420-MS, j. 28.11.2000).

Em decisões recentes, o STF também reconheceu haver *inexistência* no caso de atos processuais praticados em processo penal por pessoa não habilitada para o exercício da advocacia (RT 843/499) ou por advogado suspenso de suas atividades (RT 853/495).

Por outro lado, existem situações em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, ou se trata de formalismo inútil, residual de outras fases do direito processual, não chegando a descaracterizar o ato; tem-se aí a *mera irregularidade*, que não afeta a validade do ato processual, porque a forma, como já dissemos, não é um fim em si mesma.

O CPP também acolhe essa categoria ao prever, no art. 564, IV, a nulidade "por omissão de formalidade que constitua elemento essencial ao ato"; assim, o legislador admite que a omissão de formalidades não-essenciais não acarreta consequências, em relação à validade do ato; pode ocorrer, em alguns casos, que o ato irregular seja considerado eficaz, recaindo a sanção pela irregularidade no responsável pela mesma; é o que sucede, por exemplo, com o oferecimento de uma denúncia fora do prazo legal: o ato é válido, mas o promotor poderá estar sujeito a uma penalidade no âmbito administrativo pelo atraso.

Dentre os atos processuais imperfeitos, os atos *nulos* são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico.

Dizemos que nesses casos a desconformidade *pode levar* ao reconhecimento da ineficácia do ato porque, ao reverso do que sucede no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo sempre seu reconhecimento de um pronunciamento judicial em que seja não somente constatada a atipicidade do ato, mas também analisados os demais pressupostos legais para decretação da invalidade (v., adiante, cap. III).

Com efeito, no âmbito do direito privado, o ato nulo não produz qualquer efeito, segundo a regra *quod nullum est, nullum producit effectum*; a nulidade é automática, pois emana da vontade do legislador. Já no direito processual, a sanção de nulidade não decorre necessariamente do texto legal, mas depende de uma decisão judicial que a reconheça, retirando a eficácia do ato praticado irregularmente; desta forma, mesmo vícios gravíssimos podem não afetar a validade do ato, se não for reconhecida a nulidade e houver o trânsito em julgado da sentença final; é o que se dá, por exemplo, com a decisão absolutória sem motivação passada em julgado; não prevenido o ordenamento qualquer forma de revisão *pro societate*, jamais será possível reconhecer-se a nulidade.

Além disso, no campo processual, a declaração de invalidade diz respeito à inaptidão do ato para produzir certos efeitos jurídicos, sendo até mesmo possível a subsistência de alguns deles depois de reconhecida a nulidade; é o que ocorre, entre nós, com a sentença viciada que vem a ser anulada através de recurso exclusivo da defesa; em virtude da proibição da *reformatio in pejus*, a jurisprudência dominante tem entendido que, mesmo nula, tal sentença continua a possuir efeito de fixar o máximo de pena que poderá ser aplicado ao réu recorrente (nesse sentido: STF, RTJ 88/1.018; 95/1.081, RT 548/418; contra: STJ, HC 67-RQ, DJU 05.02.1990, p. 458).

Com relação aos atos nulos, cumpre ainda distinguir os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa: nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido (v., *infra*, cap. III, n. 3).

O art. 572 do CPP distingue as nulidades absolutas das relativas, prevenindo, dentre as hipóteses arroladas pelo art. 564, casos em que o vício de forma estará sanado se a parte não arguir o fato na oportunidade própria (art. 571) ou tiver aceito, ainda que tacitamente, os efeitos do ato irregularmente praticado; nos demais, a nulidade será absoluta. Já a ofensa às garantias constitucionais implicará sempre nulidade de natureza absoluta, pois a obediência às regras do "devido processo" constitui requisito essencial para a correção da prestação jurisdicional: v., *infra*, cap. II.

3. A invalidade do ato sob a ótica do procedimento

Com a evolução dos estudos em torno do procedimento, motivados pela ideia de que ele constitui um dos elementos essenciais da relação jurídica processual, caminha-se para o exame da invalidade não mais com base apenas na atipicidade do ato, visto isoladamente, mas em face de sua função dentro do procedimento, realidade unitária de formação sucessiva.

Importa, em suma, verificar os reflexos de eventuais vícios que o ato contenha sobre o conjunto formado pelo procedimento. Isso porque a função de um ato tem sentido quando apreciada em concomitância com os objetivos dos demais atos, com os quais se liga segundo uma ordem preestabelecida e em virtude de todos buscarem o mesmo fim: possibilitar o correto exercício da função jurisdicional.

É com base nesse enfoque conjugado de ato e procedimento que se explica porque a ofensa às garantias constitucionais causa sempre nulidade absoluta. Vista tal ofensa não somente em face do ato em si, mas em virtude da função que exerce no inteiro arco procedimental e do efeito que dele se espera para a consecução do objetivo final do processo, a nulidade só pode ser absoluta.

Sobre a ineficácia por descumprimento das garantias constitucionais, v. adiante, cap. II.

Bibliografia

BARROS. A nulidade no processo penal.

_____. Do fato típico no direito processual penal.

BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*, cap. V, n. 3.

CALMON DE PASSOS. *A nulidade no processo civil*, cap. IV.

CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, caps. I a IV.

MAIER. *Función normativa de la nulidad*, § 6.º.

CAPÍTULO II

Os princípios constitucionais e a ineficácia dos atos processuais

SUMÁRIO: 1. A atipicidade constitucional e as sanções para o descumprimento do preceito — 2. O preceito constitucional com relevância processual como norma de garantia — 3. A ineficácia dos atos processuais inconstitucionais: atos juridicamente inexistentes e atos nulos — Bibliografia.

1. A atipicidade constitucional e as sanções para o descumprimento do preceito

Assim como ocorre com o descumprimento do modelo legal, também a inobservância da norma constitucional acarreta a desconformidade com o modelo imposto pela Lei Maior, ocasionando o fenômeno da atipicidade constitucional.

No caso de atipicidade constitucional, descumprida a observância do tipo imposto pela Constituição, a estatuição de invalidade há de ser buscada na própria Constituição ou no ordenamento como um todo. E, quando se tratar de descumprimento de princípio ou norma constitucional com relevância processual, a sanção provirá da própria Constituição ou do ordenamento processual.

Assim, por exemplo, ao prever a obrigação de motivação das decisões judiciais, o próprio art. 93, IX, da CF comina a sanção de nulidade para a inobservância do preceito. Em outras hipóteses, como a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição não estabelece a sanção de ineficácia para as provas admitidas em desconformidade com o art. 5.º, LVI, da CF. A sanção deverá ser buscada nos princípios gerais do ordenamento.

2. O preceito constitucional com relevância processual como norma de garantia

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

São também normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto 678, de 06.11.1992, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no art. 5.º, § 2.º da CF.

Hoje, a Emenda Constitucional 45, de 2004, que trata da reforma do Poder Judiciário, acrescentou o § 3.º ao art. 5.º, com a seguinte redação: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Entendemos, porém, que a nova regra só vale para o futuro, porquanto a Convenção Americana já integrou o sistema constitucional interno (v., adiante, cap. VI, n. 2, e cap. XIV, n. 4).

Da ideia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do "devido processo legal" como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legítimo do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e das normas de ordem pública.

3. A ineficácia dos atos processuais inconstitucionais: atos juridicamente in-existent e atos nulos

Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a consequência que surgirá da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento.

Sobre fatos e atos processuais, e a distinção destes em atos judiciais (atos processuais do juiz), atos dos auxiliares da Justiça e atos processuais das partes, remete-se o leitor à *Teoria geral do processo*, de Cintra, Grinover & Dinamarco, n. 212 a 216.

Tratar-se-á apenas de verificar se o ato deve ser considerado *juridicamente inexistente* ou simplesmente *nulo* e, a partir daí, se a ineficácia acompanhará o não-ato, desde seu aparente nascimento, ou se seguirá a declaração de nulidade.

Mas o que vale salientar é que não pode haver meras irregularidades sem sanção, quando se trate de infringência à norma-garantia.

Assim, por exemplo, o processo desenvolvido perante um tribunal de exceção, diverso do pré-constituído segundo a Constituição e a lei, infringindo a garantia do art. 5.º, XXXVII da CF, importa inexistência do processo, por ser o juiz natural verdadeiro pressuposto de existência da relação jurídico-processual (v., adiante, cap. IV). Mas o sigilo conferido a uma audiência, fora dos casos previstos em lei, levará à nulidade do ato, nos termos dos arts. 93, IX, e 5.º, LX, da CF.

Quanto à nulidade, resta saber se o ato praticado contra a Constituição somente pode implicar nulidade absoluta ou se poderia eventualmente cogitar-se de nulidade relativa. A diferença entre as duas categorias está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo, impondo que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância, ou não. Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (*supra*, n. 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. (Sobre nulidades absolutas e relativas, v., *retro*, cap. I, n. 2.)

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.

Bibliografia

- BARROS. Do fato típico no direito processual penal.
 CALMON DE PASSOS. *A nulidade no processo civil*, p. 69-83.
 CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, n. 212-216 e 219-224.
 GRINOVER. Defesa, contraditório, igualdade e "par condicio" na ótica do processo de estrutura cooperatória, *Novas tendências do direito processual*, p. 1-4.

CAPÍTULO III Sistema de nulidades no processo penal

SUMÁRIO: 1. Critérios para a decretação da nulidade – 2. Princípio do prejuízo – 3. Demonstração do prejuízo – 4. Efeitos da decretação da nulidade: princípio da causalidade – 5. Princípio do interesse – 6. Princípio da convalidação – 7. Convalidação do ato irregular: regras especiais – 8. A decretação da nulidade. A Súmula 160 do STF – 9. Instrumentos processuais para a decretação das nulidades – Bibliografia.

1. Critérios para a decretação da nulidade

Vimos anteriormente (cap. I, n. 2) que o reconhecimento da invalidade dos atos processuais não decorre automaticamente do texto legal: é preciso que uma decisão judicial a declare; para tanto, não basta a desconformidade do ato com o modelo traçado pelo legislador, sendo também indispensável a verificação de certos pressupostos, que deverão ser analisados pelo juiz em cada caso concreto.

O próprio ordenamento deve estabelecer os critérios que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais; nesse particular, nota-se uma evolução bastante sensível nos ordenamentos modernos: em lugar do denominado “sistema de legalidade das formas”, em que o legislador enumerava taxativamente os casos de nulidade, praticamente sem deixar espaço à discricionariedade do juiz na apreciação das consequências do vício, predomina hoje em dia o “sistema da instrumentalidade das formas”, em que se dá o maior valor à *finalidade* atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao *prejuízo* causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal.

São três os sistemas segundo os quais pode ser imposta a sanção de nulidade: a) todo e qualquer vício do ato leva à sua nulidade; b) nulo só será o ato se a lei assim expressamente o declarar; c) o sistema da instrumentalidade das formas, distinguindo-se as irregularidades conforme sua gravidade e segundo o qual não se declara a nulidade se a finalidade do ato foi atingida e se não houve prejuízo para a parte. Os dois primeiros sistemas estão desautorizados pela moderna ciência processual.

O nosso Código de Processo Penal tem merecido severas críticas por não conter uma sistematização coerente na disciplina das nulidades: com efeito, ao lado de um extenso rol de casos em que são mencionadas irregularidades de maior

ou menor gravidade, fixa algumas regras gerais que devem ser obedecidas para o pronunciamento da nulidade de ato processual irregular.

Dentre os princípios gerais adotados pelo CPP nessa matéria, na ótica da instrumentalidade das formas, destacam-se o do *prejuízo*, o da *causalidade*, o do *interesse* e o da *convalidação*.

2. Princípio do prejuízo

Constitui seguramente a vírga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito: sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá *prejuízo* e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*.

Os diversos atos do procedimento visam, em última análise, à preparação do pronunciamento jurisdicional final; suas formalidades são estabelecidas com vistas à boa qualidade da decisão a ser proferida, que só pode resultar de um processo desenvolvido com obediência às regras do “devido processo legal”; por isso mesmo, dentre os requisitos fundamentais para que se atinja essa virtude está a participação dos interessados no futuro provimento, através do *contraditório*.

O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual impenhorado pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.

O CPP deixa bem clara essa distinção ao prescrever, no art. 563, que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade *prectus*, da irregularidade] não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”; pretende-se aqui ressaltar a exigência do prejuízo às partes; já no art. 566 estatui que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, o que quer significar que o ato irregular inócuo, que não chegou a afetar o convencimento judicial, não tem por que ser declarado nulo (sobre a aplicação do art. 566 do CPP na hipótese de documento desinfluyente na decisão, v. STF, RT 701/415); o art. 572, II, ainda reforça essas ideias, estabelecendo que certas irregularidades serão relevadas “se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim”.

A Lei 9.099/95, que disciplinou o processo perante os Juizados Especiais Criminais, também dispõe expressamente, no seu art. 65, *caput*: “Os atos

processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta lei". Tais critérios são a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade. E o seu § 1.º acrescenta: "Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo".

Na aferição do prejuízo originado pelo ato irregular, é importante também distinguir as hipóteses em que o dano fica restrito ao próprio ato viciado de outras situações em que a atividade sucessiva é contaminada. É o que sucede, por exemplo, com a falta de advertência ao acusado, no interrogatório, sobre o direito ao silêncio: em alguns casos, a omissão invalidará apenas o próprio interrogatório; outras vezes, entretanto, o vício atingirá a defesa como um todo e at toda a atividade sucessiva deverá ser invalidada (v., adiante, cap. III, n. 4, e cap. VI, n. 7).

3. Demonstração do prejuízo

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transiormos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo de lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser *evidente*. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida.

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

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada

a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.

O STF tem adotado essa linha, podendo mencionar-se o Acórdão proferido pela Primeira Turma no *Habeas Corpus* n. 81.510 - Paraná, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.12.2001, *DJU* 12.04.2002, p. 54. Nesse caso, embora reconhecendo a incompetência do Juizado Especial Criminal, a Suprema Corte não anulou os atos do procedimento da Lei 9.099/95, porquanto realizado perante a Juíza que, na comarca, era titular exclusiva da jurisdição penal, não havendo portanto nenhum prejuízo concreto à defesa do paciente. A declaração de nulidade ficou restrita, assim, ao acórdão confirmatório da sentença, exarado por Turma Recursal dos Juizados Especiais.

Já com relação às nulidades *relativas*, o prejuízo deverá sempre ser demonstrado, jamais sendo evidente, pois o prejuízo não é constatado desde logo, como pode ocorrer nas nulidades absolutas, em razão do que se exige alegação e demonstração do dano pelo interessado no reconhecimento do vício.

Tal distinção está bem presente no enunciado da Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"; no primeiro caso, a ausência de defesa já caracteriza o dano, o que é intuitivo, pois vulnerado princípio fundamental expresso na Constituição; já na segunda situação, somente uma análise do conjunto de provas, alegações etc., ou até uma nova prova de circunstância que poderia ter sido deduzida, levarão à conclusão sobre a efetividade do prejuízo ao direito de defesa.

4. Efeitos da decretação da nulidade: princípio da causalidade

Os diversos atos que compõem o procedimento não têm existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; pode existir um nexo de *causalidade* entre os diversos atos que se sucedem.

Sendo assim, a ausência ou invalidade de um determinado ato processual provoca sempre a indagação sobre a extensão da nulidade; trata-se de saber se a violação da forma prescrita para o ato declarado nulo também atingiu outros atos ligados àquele; fala-se então em nulidade *originária e derivada*.

O CPP regula a extensão dos efeitos da decretação da nulidade nos §§ 1.º e 2.º do art. 573: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência"; "o juiz que pronuncia a nulidade declarará os atos a que ela se estende".

Cabe ao juiz, portanto, ao reconhecer a invalidade de determinado ato processual, verificar se a atipicidade não se propagou a outros atos do procedimento

relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos.

Normalmente, sendo os vários atos processuais ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo, ou, segundo a praxe judiciária, desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado.

Todavia, nem sempre a invalidação dos atos subseqüentes ao anulado é automática; segundo o CPP, somente os atos diretamente dependentes ou que sejam consequência do viciado serão atingidos; afirma-se, com razão, que a nulidade dos atos da fase *postulatória* do processo se propaga sempre para os demais atos, enquanto a invalidade dos atos *de instrução*, em regra, não contamina os outros atos de produção da prova validamente realizados.

Nessa linha de raciocínio, a nulidade da denúncia contamina necessariamente os atos posteriores. Já em relação à instrução, não existe, em geral, nexo de dependência entre os vários atos de aquisição da prova; nestes, o vínculo deve ser encarado sob o prisma do contraditório, pois não pode haver inversão na ordem da produção da prova testemunhal da acusação e da defesa, ou no oferecimento das alegações. A sentença, como ato final do procedimento, será sempre atingida pela invalidade dos atos que a antecedem, sejam da fase postulatória, sejam instrutórios, a não ser que estes últimos não tenham exercido qualquer influência na decisão (art. 566 do CPP).

5. Princípio do interesse

O processo é uma atividade estatal voltada à obtenção de resultados práticos, não se prestando, assim, a discussões meramente acadêmicas, das quais não seja possível extrair qualquer consequência útil.

Por isso mesmo, não se admite a propositura de qualquer ação sem que esteja presente o "interesse de agir", consubstanciado na *necessidade e adequação* da tutela jurisdicional invocada; da mesma forma, fala-se em "interesse de recorrer", para significar que a interposição de um recurso está subordinada à utilidade, para o recorrente, de um novo julgamento da causa.

Em matéria de nulidades, ocorre fenômeno semelhante: a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua consequente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade.

O art. 565 do CPP estabelece: "Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

Trata-se, como se percebe à primeira vista, de disposição relacionada às nulidades *relativas*, porquanto somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de arguição do interessado; nas *absolutas*, o vício atinge o próprio interesse público, razão pela qual deve ser reconhecido pelo juiz, independentemente de provocação.

Assim, se a irregularidade resulta da preterição de formalidade instituída para garantia de uma determinada parte, somente esta poderá invocar a nulidade, não sendo possível à outra fazê-lo por simples capricho.

No processo penal, a aplicação dessa regra é limitada, pois na ação pública o MP sempre terá como objetivo a obtenção de título executivo válido, razão pela qual não se pode negar seu interesse na obediência de todas as formalidades legais, inclusive as que asseguram a participação da defesa, até porque eventuais vícios poderiam ser alegados mesmo após o trânsito em julgado, por meio de *habeas corpus* ou revisão criminal; assim, não estando convencido tratar-se de nulidade relativa, sanada pela falta de alegação do interessado, pode e deve o promotor postular o reconhecimento de eventuais irregularidades que impliquem ofensa ao direito de defesa.

Com relação à defesa, o STF já assentou que "a voluntária ausência do representante do Ministério Público a atos processuais de instrução do processo, especialmente quando dela não resulta qualquer prejuízo ao réu, não pode ser invocada, pelo acusado, como causa de nulidade, eis que a legislação processual penal brasileira dispõe que nenhuma das partes poderá arguir nulidade referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse (CPP, art. 565, *in fine*); STF, HC 70.231-7-SP, 1.ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 30.11.1993, DJU 12.8.2005, RT 842/462.

A lei também não reconhece o interesse de quem tenha dado causa à irregularidade, aplicando-se nesse particular o preceito *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; *dar causa*, nessa hipótese, não exige dolo ou culpa da parte, mas apenas o fato objetivo.

Igualmente nesse caso, a regra diz respeito somente às irregularidades que poderiam levar ao reconhecimento de uma nulidade relativa, pois, havendo ofensa aos princípios do "devido processo legal", mesmo o vício causado pela própria parte deve ser extirpado; foi o que ocorreu, por exemplo, no debatido episódio relacionado ao julgamento de acusados de participação nas chamadas *Brigate Rosse*, na Itália; acentuou-se na ocasião que a recusa do defensor pelo réu não poderia ser aceita, uma vez que a defesa técnica não constitui somente direito do acusado, mas sobretudo *condição de regularidade do processo*.

6. Princípio da convalidação

A exigência de que a atividade processual seja realizada segundo os modelos legais sofre temperamentos, ditados sobretudo por razões de *economia processual*; não apenas no processo, mas em todas as atividades, é sempre desejável obter-se o máximo de resultados com o mínimo de esforço.

O princípio da *instrumentalidade das formas* demanda, por sua vez, que a técnica processual — entendida como mecanismos processuais e formalidades do processo — seja colocada a serviço dos objetivos maiores do processo, cuja finalidade é solucionar a crise verificada no plano do direito material. E o princípio da *efetividade do processo* — entendido como aptidão para a produção concreta dos resultados que dele se esperam —, constituindo a grande preocupação do processualista moderno, permite que a *técnica processual* seja flexibilizada de maneira a não colocar entretanto inúteis ao atingimento da solução da controvérsia.

Essa postura, entretanto, jamais pode indicar o sacrifício da defesa, no processo penal, em que as formalidades devem sempre ser observadas, quando tenham dimensão de garantia.

Sendo assim, ao mesmo tempo que prevê as hipóteses de aplicação da sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, o ordenamento também estabelece remédios pelos quais será possível aproveitar-se atividade processual atípica; em certas situações previstas em lei, sanada a irregularidade ou reparado o prejuízo, será possível que o ato viciado venha a produzir os efeitos que dele eram esperados; nesses casos, em lugar da *invalidação*, pode ocorrer a *convalidação* do ato praticado em desconformidade com o modelo legal. Mas, mesmo no silêncio da lei, é preciso que o juiz interprete a técnica processual de modo a tentar chegar, sempre que possível, à sentença de mérito. A pedra de toque, nessa matéria, é constituída por três elementos fundamentais: que o ato, mesmo atípico, tenha atingido sua *finalidade*; que não tenha havido *prejuízo* para as partes; que o *contraditório* tenha sido preservado.

Mesmo a falta ou vício de citação, que acarrete a ausência de defesa (do próprio réu ou do corréu), prejudicando o contraditório, pode ser considerado sanado se a sentença de mérito puder ser favorável ao(s) acusado(s). Claro é que, se o tribunal decidir não “manter” a sentença de primeiro grau, não poderá condenar, devendo anular todo o processo para que nova citação se realize.

Significativo, a esse propósito, é o § 2.º do art. 249 do CPC, que encerra importante princípio geral, aplicável ao processo penal: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

Nas nulidades relativas, a forma mais comum de saneamento se dá com a *preclusão* da faculdade de alegar a irregularidade, pois nestas, como vimos, o reconhecimento da invalidade depende de provocação do interessado.

O instituto da *preclusão* decorre da própria essência da atividade processual: processo, etimologicamente, significa “marcha adiante” e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com outro.

O art. 572, I e II, do CPP admite que certas irregularidades estarão sanadas se não arguidas em tempo oportuno, ou se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos; o art. 571, por sua vez, estabelece os momentos em que as nulidades devem ser alegadas; ao contrário do que sucede no processo civil, em que o vício deve ser apontado na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos (art. 245, *caput*, do CPC), no processo penal é possível aguardar-se uma das fases mencionadas no art. 571, com as necessárias adaptações ao que vem disposto pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 (alegações orais do art. 411, § 4.º, no procedimento do júri, ou alegações finais orais do art. 403, no procedimento ordinário etc.) para invocar a nulidade; todavia, passados esses momentos, a irregularidade estará sanada pela preclusão.

A *prolação da sentença* também constitui causa de convalidação de determinadas irregularidades formais do procedimento; é o que resulta do art. 249, § 2.º, do CPC, acima transcrito, aplicável por analogia ao processo penal. Repita-se a redação do dispositivo: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”; a decisão de mérito em favor do prejudicado pela irregularidade é um fato novo, que afasta a conveniência de retroceder na marcha procedimental porque, no caso, a finalidade da instituição da forma não chegou a ser comprometida.

Da mesma maneira, a coisa julgada é motivo de convalidação de irregularidades não alegadas ou não apreciadas durante o *iter* procedimental, uma vez que a imutabilidade da sentença contra a qual não cabham mais recursos alcança também o seu antecedente, que são os atos processuais praticados no processo de conhecimento.

No processo penal, entretanto, o trânsito em julgado da decisão final sana exclusivamente os vícios formais que poderiam ser reconhecidos em favor da acusação; no que tange à defesa, o ordenamento prevê remédios para o reconhecimento das nulidades, mesmo após a formação da coisa julgada: art. 626, *caput*, parte final, e art. 648, VI, do CPP.

7. Convalidação do ato irregular: regras especiais

Ao lado dessas prescrições de ordem geral, a lei processual penal admite outras hipóteses particulares em que é possível corrigir-se a falha do ato processual defeituoso ou omitido, em razão do que a nulidade também não será decretada.

É o que ocorre, em primeiro lugar, com eventuais irregularidades relacionadas à *representação da parte*. Diz o art. 568 do CPP que “a nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”.

Não se trata, como se vê, de ilegitimidade *ad causam*, hipótese em que os atos praticados serão visceralmente nulos, porque comprometida a própria validade da relação processual, mas de hipóteses em que, embora seja a parte legítima, irregular foi a constituição de seu procurador nos autos (pressuposto processual).

É o que sucede geralmente na ação penal privada em que a procuração dada ao advogado do ofendido não atende aos requisitos do art. 44 do CPP; nesse caso, constatado o defeito, será possível a ratificação dos atos já praticados, pela parte legítima ou por seu representante regularmente constituído, através de petição ou termo nos autos, mas desde que obedecido o prazo decadencial pertinente (TJSP, RT 514/334 e 432/285).

Outro caso é dado pelo art. 569 do CPP, que estabelece a possibilidade de *suprimento*, a todo tempo, antes da sentença final, das omissões da denúncia, da queixa e da representação.

O *suprimento* é mais do que a mera *ratificação*, pois implica acréscimo naquilo que já existia; parece óbvio que nesse passo o legislador pretendeu referir-se somente às formalidades não-essenciais daquelas peças, não podendo a disposição abranger os elementos sem os quais não caberia falar em "omissões", mas na própria inexistência ou invalidade do ato por falta de formalidade essencial.

Pense-se, por exemplo, em denúncia ou queixa que não contenham a imputação de fato criminoso; não será possível a aplicação da regra em apreço porque a ausência desse elemento fundamental exclui qualquer consideração sobre a validade do ato, sendo inviável *supriri-se* a falta; por outro lado, sempre que através do *suprimento* for feito adiamento à acusação, com atribuição de novos fatos ao réu, indispensável será a realização de nova citação.

Ainda com base nessa disposição, entende-se ser possível o preenchimento da falta de prova de miserabilidade da vítima, nos crimes contra os costumes, antes da sentença final (STF, RTJ 50/127).

Finalmente, estabelece a Lei (art. 570 do CPP) que o *compartimento* do interessado, ainda que somente com o fim de arguir a irregularidade, sana a falta ou nulidade da citação, intimação ou notificação; a presença em juízo, como é curial, demonstra que, embora não atendidos os preceitos que regulamentam essas formas de comunicação processual, a cientificação acabou sendo realizada, atingindo-se a *finalidade* do ato. Nesse caso, importa ressaltar que a parte final da regra prevê que "o juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte"; cuida-se de ressalva oportuna, especialmente nas hipóteses de citações, em que o defeito do ato pode causar irreparáveis prejuízos ao exercício pleno do direito de defesa, notadamente no que tange à assistência técnica.

8. A decretação da nulidade. A Súmula 160 do STF

Como já assentado, somente uma declaração judicial pode reconhecer a nulidade do ato processual realizado em desconformidade com o modelo legal, com observância das regras gerais até aqui examinadas.

Cumprir então fazer referência aos momentos procedimentais em que é possível fazer-se a decretação da nulidade, bem como aos meios colocados pelo ordenamento à disposição dos interessados na referida declaração judicial.

Em princípio, e até por imposição da economia processual, incumbe ao juiz da causa, no exercício de seu poder de direção do processo, zelar pela rigorosa observância das formas legais, sem o que inútil poderá vir a ser a atividade processual realizada irregularmente, inclusive com repercussões nos atos subsequentes; assim, o mais correto e desejável é que ao longo do *iter* procedimental eventuais vícios sejam desde logo extirpados, determinando-se, conforme o caso, a realização de atos omitidos, a renovação daqueles praticados em desconformidade com o modelo legal e, quando admitidos pela lei, a convalidação dos irregulares. Se a defesa alegar nulidade em sua resposta à acusação, deve o juiz, antes de designar a audiência de instrução, debates e julgamento, decidir sobre ela.

Depois, no momento da sentença surge nova ocasião para o exame das questões atinentes à regularidade formal, assim, ao juiz de primeiro grau (salvo, é evidente, as hipóteses de competência originária dos tribunais) incumbe, ao proferir a sentença, resolver todas as preliminares suscitadas pelas partes ou, de ofício, reconhecer eventual nulidade de caráter absoluto.

Caso os vícios preexistentes não tenham sido reconhecidos na sentença, ou na hipótese de ser a irregularidade da própria decisão, ao tribunal competente, no exame de eventual recurso, caberá decretar a invalidade, mediante arguição como preliminar, pelo interessado, ou de ofício, em se tratando de recurso necessário (art. 574, segunda parte, do CPP) ou de nulidade absoluta.

No entanto, mesmo em relação às irregularidades que levam à nulidade absoluta, a possibilidade de reconhecimento pelo tribunal *ex officio* está restrita às situações em que o desrespeito à forma tiver prejudicado a defesa; ao contrário, quando se tratar de vício cujo reconhecimento favoreça a acusação, será indispensável a arguição do vício como preliminar do recurso. É o que vem sublinhado pelo verbete da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal: "É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

O entendimento jurisprudencial consolidado pela Súmula 160 tem por base interpretação dos arts. 574, 578, 599 e 617 do CPP. Os precedentes que levaram à sua elaboração referem-se especialmente a casos de apelações contra decisões do Tribunal do Júri, em que se trata de recurso com fundamentação vinculada (Ag. Crim. 26.219-PR; HC 36.137-PR; HC 38.591-RJ; HC 39.380-RJ; HC 39.923-PB; HC 39.980-PB etc.). Todavia, o princípio sumular vem sendo igualmente aplicado

a recursos contra decisões de juízes singulares, conforme orientação pacífica do STF (RT/80/42, 90/825, 109/556, 112/944, 114/175, 123/227 etc.).

Diante desse entendimento, aferida pelo tribunal, no julgamento de recurso, a existência de um vício processual capaz de levar ao reconhecimento de nulidade absoluta, caberá então distinguir: se a invalidação favorecer o réu, como, v.g., na hipótese de estar condenado e não ter sido regularmente citado, mesmo que a defesa não tenha arguido a nulidade, caberá ao órgão julgador proclamar a nulidade e ordenar a renovação do feito, a partir da citação, pois isso favorece o réu; se, ao contrário, tratar-se de nulidade não arguida pela acusação, mas cujo reconhecimento poderá prejudicar a defesa (como ocorreria, por exemplo, se o réu está absolvido e com a renovação do feito poderá ser condenado, diante de novas provas), aí nada restará ao tribunal senão confirmar a absolvição.

Nesse sentido, v. STF, HC 67.446-1-BA, RT 644/375; TJSP, Ap. 75.639-3, RT 660/269; TACrimSP, Ap. 581.775-4, RT 660/297; TARS, Ap. 290.150.846, RT 670/326. Não parece razoável, todavia, entendimento já adotado em alguns julgados segundo o qual seria possível aplicar a Súmula também ao caso de réu condenado, que vem a ser absolvido tão-somente pela impossibilidade de reconhecimento de nulidade não arguida em recurso da própria defesa (JTACrim 70/315 e 82/218, RTJSP 105/442, RT 612/348). É que nessa situação não se trata de recurso da acusação, como referido pela Súmula, e, além do mais, a nulidade não é reconhecida *contra o réu*, mas sim a favor deste. Nem vale argumentar que o reconhecimento do vício, em recurso da defesa, poderia reverter em prejuízo do réu, pois o art. 617 do CPP veda expressamente que o tribunal venha a agravar a pena quando somente o réu tiver recorrido. E, mesmo no caso de anulação da sentença, a jurisprudência dominante também não admite que a nova sentença a ser proferida venha a piorar a situação do réu que recorreu (v., *retro*, cap. I, n. 2).

9. Instrumentos processuais para a decretação das nulidades

Fora dessas situações, a lei processual também estabelece a possibilidade de utilização de ações autônomas, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a revisão criminal, para o reconhecimento das nulidades processuais.

O *habeas corpus*, remédio constitucional destinado à proteção urgente do direito à liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5.º, LXVIII), tem amplíssima aplicação no processo penal, porquanto a pretensão acusatória tem como finalidade, quase sempre, a imposição de pena privativa de liberdade. E a existência de um vício processual, com repercussão efetiva ou potencial na liberdade do acusado, caracteriza coação ilegal corrigível através do writ (art. 648, VI, do CPP).

A utilização do *habeas corpus* como meio de decretação de invalidade de atos processuais, ou de todo o procedimento, é admissível tanto no curso do feito como

depois de prolatada a sentença, mesmo após o trânsito em julgado, enquanto não cumprida a pena e desde que a existência do vício (e a consequente ilegalidade) possa ser demonstrada de plano.

Por outro lado, se a ilegalidade não afetar, direta ou indiretamente, o direito à liberdade de locomoção (como, v.g., no caso de irregularidades que digam respeito aos direitos e facultades processuais do Ministério Público ou do querelante) será ainda possível a impetração de mandado de segurança contra o ato judicial respectivo, visando à invalidação do ato irregular, se dele puder resultar dano irreparável. Também em relação ao mandado de segurança é indispensável que a ilegalidade possa ser constatada desde logo e através de prova pré-constituída, sem o que será impossível falar em *direito líquido e certo*, como previsto no texto constitucional (art. 5.º, LXXIX, da CF).

Finalmente, é possível também o reconhecimento de nulidade através de revisão criminal. Embora o CPP não arrole existência de nulidade como motivo que autoriza o pedido de desconstituição da coisa julgada penal (art. 621), é certo que o art. 626, *caput*, parte final, estabelece que o tribunal, julgando procedente a revisão, poderá *anular o processo*. Assim, diante do pedido do interessado, ou mesmo de ofício (até por aplicação do art. 654, § 2.º, que prevê a concessão de *habeas corpus ex officio*), caberá ao tribunal, conhecendo da revisão, anular o processo em que seja constatado o vício formal.

Observe-se que a utilização, pelo réu, de *habeas corpus* ou revisão para pedir o reconhecimento de nulidade de processo findo dependerá da necessidade, ou não, de exame de prova controversa para aferição do prejuízo causado pela irregularidade. Se o vício é manifesto e está positivada, à primeira vista, a ilegalidade, melhor será pedir o writ, cuja tramitação é mais célere; ao contrário, se a decretação da nulidade depender de exame mais aprofundado dos autos (como, por exemplo, a decorrente de deficiência de defesa), a via mais apropriada é a da revisão criminal, pois com o apensamento dos autos poderá o órgão julgador analisar com maior profundidade a extensão do prejuízo.

Bibliografia

- BARROS. A nulidade no processo penal.
- BEDAQUE. Técnica processual e efetividade do processo, cap. I, ns. 2 a 8.
- BREDA. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.
- CALMON DE PASSOS. A nulidade no processo civil, cap. V.
- CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. Teoria geral do processo, cap. 35.
- COUTURE. Fundamentos do direito processual civil, n. 190 a 200.
- KOMATSU. Da invalidade no processo civil, cap. 14.
- MARQUES. Elementos de direito processual penal, v. II, § 99.
- TOURINHO FILHO. Processo penal, cap. 38.
- TOVO. Nulidades no processo penal brasileiro, n. 2 a 5.

a recursos contra decisões de juízes singulares, conforme orientação pacífica do STF (RTJ 80/42, 90/825, 109/556, 112/944, 114/175, 123/227 etc.).

Diante desse entendimento, aferida pelo tribunal, no julgamento de recurso, a existência de um vício processual capaz de levar ao reconhecimento de nulidade absoluta, caberá então distinguir: se a invalidação favorecer o réu, como, *v.g.*, na hipótese de estar condenado e não ter sido regularmente citado, mesmo que a defesa não tenha arguido a nulidade, caberá ao órgão julgador proclamar a nulidade e ordenar a renovação do feito, a partir da citação, pois isso favorece o réu; se, ao contrário, tratar-se de nulidade não arguida pela acusação, mas cujo reconhecimento poderá prejudicar a defesa (como ocorreria, por exemplo, se o réu está absolvido e com a renovação do feito poderá ser condenado, diante de novas provas), aí nada restará ao tribunal senão confirmar a absolvição.

Nesse sentido, *v. STF, HC 67.446-1-BA, RT 644/375; TJSP, Ap. 75.639-3, RT 660/269; TACrimSP, Ap. 581.775-4, RT 660/297; TARS, Ap. 290.150.846, RT 670/326. Não parece razoável, todavia, entendimento já adotado em alguns julgados segundo o qual seria possível aplicar a Súmula também ao caso de réu condenado, que vem a ser absolvido tão-somente pela impossibilidade de reconhecimento de nulidade não arguida em recurso da própria defesa (JTACrim 70/315 e 82/218, RTJSP 105/442, RT 612/348). É que nessa situação não se trata de recurso da acusação, como referido pela Súmula, e, além do mais, a nulidade não é reconhecida *contra o réu*, mas sim a favor deste. Nem vale argumentar que o reconhecimento do vício, em recurso da defesa, poderia reverter em prejuízo do réu, pois o art. 617 do CPP veda expressamente que o tribunal venha a agravar a pena quando somente o réu tiver recorrido. E, mesmo no caso de anulação da sentença, a jurisprudência dominante também não admite que a nova sentença a ser proferida venha a piorar a situação do réu que recorreu (*v., retro*, cap. I, n. 2).*

9. Instrumentos processuais para a decretação das nulidades

Fora dessas situações, a lei processual também estabelece a possibilidade de utilização de ações autônomas, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a revisão criminal, para o reconhecimento das nulidades processuais.

O *habeas corpus*, remédio constitucional destinado à proteção urgente do direito à liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5.º, LXVIII), tem amplíssima aplicação no processo penal, porquanto a pretensão acusatória tem como finalidade, quase sempre, a imposição de pena privativa de liberdade. E a existência de um vício processual, com repercussão efetiva ou potencial na liberdade do acusado, caracteriza coação ilegal corrigível através do *writ* (art. 648, VI, do CPP).

A utilização do *habeas corpus* como meio de decretação de invalidade de atos processuais, ou de todo o procedimento, é admissível tanto no curso do feito como

depois de prolatada a sentença, mesmo após o trânsito em julgado, enquanto não cumprida a pena e desde que a existência do vício (e a consequente ilegalidade) possa ser demonstrada de plano.

Por outro lado, se a ilegalidade não afetar, direta ou indiretamente, o direito à liberdade de locomoção (como, *v.g.*, no caso de irregularidades que digam respeito aos direitos e faculdades processuais do Ministério Público ou do querelante) será ainda possível a impetração de mandado de segurança contra o ato judicial respectivo, visando à invalidação do ato irregular, se dele puder resultar dano irreparável. Também em relação ao mandado de segurança é indispensável que a ilegalidade possa ser constatada desde logo e através de prova pré-constituída, sem o que será impossível falar em *direito líquido e certo*, como previsto no texto constitucional (art. 5.º, LXIX, da CF).

Finalmente, é possível também o reconhecimento de nulidade através de revisão criminal. Embora o CPP não arrole existência de nulidade como motivo que autoriza o pedido de desconstituição da coisa julgada penal (art. 621), é certo que o art. 626, *caput*, parte final, estabelece que o tribunal, julgando procedente a revisão, poderá *anular o processo*. Assim, diante do pedido do interessado, ou mesmo de ofício (até por aplicação do art. 654, § 2.º, que prevê a concessão de *habeas corpus ex officio*), caberá ao tribunal, conhecendo da revisão, anular o processo em que seja constatado o vício formal.

Observe-se que a utilização, pelo réu, de *habeas corpus* ou revisão para pedir o reconhecimento de nulidade de processo findo dependerá da necessidade, ou não, de exame de prova controversa para aferição do prejuízo causado pela irregularidade. Se o vício é manifesto e está positivada, à primeira vista, a ilegalidade, melhor será pedir o *writ*, cuja tramitação é mais célere; ao contrário, se a decretação da nulidade depender de exame mais aprofundado dos autos (como, por exemplo, a decorrente de deficiência de defesa), a via mais apropriada é a da revisão criminal, pois com o apensamento dos autos poderá o órgão julgador analisar com maior profundidade a extensão do prejuízo.

Bibliografia

- BARROS. A nulidade no processo penal.
- BEDAQUE. Técnica processual e efetividade do processo, cap. I, ns. 2 a 8.
- BREDA. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.
- CAIMON DE PASSOS. A nulidade no processo civil, cap. V.
- CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, cap. 35.
- COUTURE. *Fundamentos do direito processual civil*, n. 190 a 200.
- KOMATSU. *Da invalidade no processo civil*, cap. 14.
- MARQUES. *Elementos de direito processual penal*, v. II, § 99.
- TOURINHO FILHO. *Processo penal*, cap. 38.
- TOVO. *Nulidades no processo penal brasileiro*, n. 2 a 5.