

As Nulidades no Processo Penal, Conforme uma Lógica Garantista.

*Elmir Duclerc**

*Cibelle Barretto Almeida***

Sumário: 1. Introdução. 2. Forma como garantia. 3. Por uma revisão das categorias conceituais. 4. O sistema de controle de invalidades e os interesses do acusado. 5. O sistema de controle da invalidade processual e os interesses da acusação. 6. Modificações legislativas e suas implicações na disciplina da invalidade processual. 7. A invalidade processual e as normas de competência. 8. Mecanismos processuais de controle da invalidade processual. 9. Conclusões. 10. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As temáticas das nulidades, dos atos processuais e dos procedimentos, como sabemos, estão umbilicalmente ligados. Quando estudamos a estrutura interna dos atos processuais, bem como as várias maneiras como eles se articulam para dar origem aos diversos procedimentos típicos com os quais trabalhamos no dia-a dia do foro, o problema de fundo com o qual lidamos tem a ver, na verdade, com a questão das *formas* que a Lei estabelece para que a atividade jurisdicional (e processual) se materialize, e com as conseqüências que podem advir para o caso de desatendimento dessas formas.

Por outro lado, parece, realmente, que a teoria das nulidades se apresenta sempre como um dos temas mais insuportavelmente chatos e complicados da disciplina processual.

Desde as primeiras linhas da Teoria Geral do Direito, aprendemos que os atos jurídicos, de um modo geral, podem apresentar vários níveis ou graus de invalidade. Na verdade, podemos citar

* Promotor de Justiça Criminal em Salvador. Mestre em Ciências Criminais Pela Universidade Cândido Mendes-RJ e Doutorando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá-RJ. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal da Bahia e Coordenador do Curso de Especialização em Ciências Criminais das Faculdades Jorge Amado-BA ;

** Bacharela em Direito. Advogada. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado da Bahia. Aluna do Curso de Especialização em Ciências Criminais, Violência e Segurança Pública das Faculdades Jorge Amado.

pelo menos quatro categorias: mera irregularidade; nulidade relativa; nulidade absoluta; e inexistência, que podem ou não estar configuradas, em cada caso, a depender de uma série de circunstâncias nem sempre estabelecidas de forma clara na Lei.

No que se refere aos atos jurídicos processuais, especificamente, o problema da invalidade apresenta ainda uma série de elementos complicadores. Veja-se, por exemplo, que o processo é uma série *concatenada* de atos, o que significa, primeiro, que a invalidade pode surgir não de qualquer problema intrínseco, mas do desatendimento das normas de procedimento, isto é, das normas que, como dissemos acima, estabelecem as formas de conexão entre os atos, conforme cada tipo de procedimento; depois, que em cada procedimento a invalidade de um ato pode repercutir na invalidade de outros.

Por outro lado, já vimos também que os atos processuais, todos eles, tendem a um único objetivo final, o que nos permite questionar sobre o efetivo comprometimento que o descumprimento da regra pode causar em face desse *telos* comum. É preciso ter em mente, ainda, que no processo convergem interesses públicos e privados, de modo que a prática irregular de um ato processual, conforme um antigo lugar comum do pensamento jurídico, pode produzir conseqüências distintas conforme seja a natureza do interesse que tenha sido atingido. Finalmente, o processo, como sabemos, é um fenômeno que se consome num determinado espaço de tempo, e é possível, assim, que durante o seu desenlace surja uma norma processual nova que altera uma formalidade, modifica procedimentos e exige, assim, regras específicas de adaptação, sobretudo no que diz respeito à validade dos atos já realizados e daqueles que estão por vir.

Essas dificuldades naturais, contudo, são ainda agravadas pela falta de um conjunto de regras infraconstitucionais que esteja minimamente afinado com a Constituição Federal, e sequer atualizado em face das necessidades da vida moderna. O pior, porém, é que a nossa doutrina processual penal, como bem denuncia BINDER, ainda parece sofrer uma influência muito forte e bastante prejudicial, no particular, da teoria geral da invalidade dos atos jurídicos e da própria teoria geral da invalidade dos atos processuais no âmbito do Direito Processual Civil.

A conseqüência mais grave desse quadro, segundo o mestre argentino, traduz-se na adoção de uma espécie de *teoria unitária* das invalidades no processo penal, preocupada basicamente em

oferecer soluções *uniformes* para o desatendimento às exigências *formais* da Lei, sem levar em conta pelo menos dois dados: primeiro, que cada sujeito processual tem uma gama diferenciada de interesses que estão postos em jogo no processo penal, a reclamar uma proteção diferenciada por parte da ordem jurídica; depois, que qualquer teoria das invalidades, no processos penal, deve estar focada, acima de tudo, na necessidade de dar efetividade *substantiva* aos direitos fundamentais processuais que estão assentados na Constituição Federal¹.

O que pretendemos fazer nas linhas que se seguem, portanto, inspirados nas lições de BINDER, é tentar reconstruir uma teoria geral das invalidades no processo penal a partir das seguintes premissas:

- a) Uma teoria geral das invalidades no processo penal deve ter como compromisso, acima de tudo, a efetividade aos direitos fundamentais que estão postos na Constituição Federal. Nesse sentido, forma é garantia.
- b) Uma teoria geral das invalidades, no processo penal, pode e deve ser construída, portanto, a partir de categorias próprias, pensadas a partir da própria Constituição Federal. Nada obsta, contudo, que, dentro de alguns limites, sejam aproveitadas algumas categorias conceituais *importadas* de outros ramos do direito, ou consagradas na legislação processual infraconstitucional.
- c) Uma teoria geral das invalidades, no processo penal, pode e deve ter a preocupação de reduzir complexidade, o que significa abandonar categorias conceituais desnecessárias, que muitas vezes geram muito mais confusão do que simplificação.
- d) Uma teoria geral das invalidades, no processo penal, apesar de geral (eis que aplicável a toda a atividade processual), deve ter preocupações específicas conforme as particularidades dos interesses que estejam em jogo. Em última análise o sistema de invalidades precisa ter respostas diferentes conforme se trate de invalidades que interessam ao acusado, à acusação ou ao ofendido.

¹ Nas palavras do mestre, por tudo o que foi exposto, sugerimos a análise da possibilidade de se construir três teorias distintas, intimamente vinculadas ao objeto de proteção e aos sujeitos processuais que encarnam esses interesses. Isso obriga a reflexão teórica a pôr em primeiro plano a função substantiva de proteção das formas processuais e isenta de valor o próprio formalismo.

Por fim, a título de esclarecimento, é preciso registrar que o presente trabalho é o fruto inicial da reflexão conjunta dos seus autores, orientador e orientanda (a quem coube o competente fichamento das obras utilizadas, bem como sua revisão final) no Curso de Especialização em Ciências Criminais das Faculdades Jorge Amado.

2 FORMA COMO GARANTIA

Dizer simplesmente que a forma, no processo penal, funciona como uma garantia para os direitos fundamentais do acusado já se tornou, de certa forma, *lugar comum* na doutrina processual penal pátria².

É preciso, contudo, segundo pensamos, aprofundar um pouco mais, na esteira do pensamento de BINDER, o estudo sobre essa relação entre a forma legal dos atos e dos procedimentos penais, e a *substância* dos direitos fundamentais que ela procura garantir, compreendidos, com sabemos, na noção mais alargada de processo legal *devido*, sobretudo para elucidar os limites da tensão que normalmente se estabelece entre um *ritualismo* excessivo e a tolerância exagerada com as formas, sob argumento de sua natureza *meramente* instrumental.

Como bem lembra o mestre, aliás, “parece que nos encontramos sempre diante de um paradoxo. De um lado, consideram-se as formas como algo agregado, exterior ao ato jurídico, não vinculado à sua essência e, de certo modo, desnecessário ou superficial, mas, ao mesmo tempo, os sistemas judiciais protegem a forma acima de tudo”³. Merece registro, ainda, a denúncia que se faz desse quadro como conseqüência da junção entre uma *tradição inquisitiva* do nosso processo penal (que perdura até hoje) e a cultura da legalidade que se instaura a partir do século XIX. É que, no direito romano, o processo penal, como sabemos, assumia uma feição nitidamente acusatória e *adversarial*, com ênfase na oralidade, *outorgando-se preferência àquilo que gera compromisso da pessoa que participa do ato, mais pessoal, portanto*. Na medida em que o sistema inquisitorial se torna hegemônico, porém, as formas se associam ao uso escritural, relacionado às grandes burocracias judiciais, à rotina e à *despersonalização*.

² Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. **As nulidades no processo penal**. 9ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³ BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 24.

Com isso, estão lançadas as bases para a construção de uma tendência eminentemente *formalista* no tratamento com as invalidades da atividade processual, em que se trabalha, acima de tudo, com a noção de *tipos legais* de atos e de procedimentos. É a cultura na *nulidade pela nulidade* e do repúdio legal a qualquer nulidade que não esteja prevista em Lei, que até hoje se encontra reproduzida na forma de muitos diplomas legais. O nosso Código de Processo Penal, aliás, parece aderir totalmente a essa técnica, ao apresentar, no seu art. 564, um extenso rol de situações que induziriam nulidades.

Qualquer sistema de invalidades que pretenda romper com a estrutura inquisitorial de processo penal, portanto, precisa voltar a considerar que o mais importante é proteger os direitos fundamentais das partes, e para garantir que esses direitos fundamentais serão efetivamente respeitados, criam-se formas de cumprimento obrigatório aos funcionários. Ditas formas, todavia, não se reduzem a requisitos formais previstos em Lei, mas elas incorporam, mesmo, o conteúdo substancial do direito fundamental que visam a proteger, e é possível compreender, portanto, com clareza solar, o exato sentido da expressão *forma é garantia*. Haveria, assim, na forma processual, uma dupla estrutura, composta por uma *macroestrutura*, correspondente ao seu conteúdo substancial e principiológico e uma *microestrutura*, correspondente aos requisitos legais estabelecidos para a sua realização. Nenhuma dessas *partes*, contudo, pode ser dispensada, eis que *uma visão isolada da microestrutura leva ao ritualismo; por outro lado, uma explicação da macroestrutura sem sustentação nas microestruturas pode levar a uma metafísica dos princípios que se desentende com sua vigência*.

Por fim, a partir das lições de BINDER, é preciso ter em mente que a noção de *forma* com a qual trabalhamos, para dar sentido a qualquer teoria geral da *invalidade processual*, não se limita à mera *ritualística* de cada ato processual e do conjunto do procedimento, isto é, não tem a ver apenas com um específico modo de proceder, mas alcança, também, todo e qualquer requisito de validade imposto na Lei para o ato e para o procedimento, aí compreendidas as *condições da ação* e os *pressupostos processuais*.

3 POR UMA REVISÃO DAS CATEGORIAS CONCEITUAIS

Como já fizemos registrar no primeiro tópico deste trabalho, uma das principais fontes de complexidade na matéria da invalidade processual consiste na enorme diversidade de espécies ou níveis de invalidades ou defeitos aos quais a doutrina normalmente se refere. De um modo geral, fala-se, como vimos, em inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa e mera irregularidade. Por outro lado, em qualquer das hipóteses acima referidas, as expressões são utilizadas em dúplice sentido, ora para fazer referência ao vício que contamina o ato, ora para fazer referência à sanção que ele reclama.

No que se refere à inexistência, o que se sustenta em doutrina, normalmente, é que essa categoria de invalidade seria utilizada para aquelas hipóteses em que o ato processual viola de forma tão grave o tipo legal que deve ser entendido como uma espécie de *não ato*, sem qualquer chance de produzir efeito, ao passo que, em se tratando de nulidade, mesmo absoluta, ainda seria possível extrair do ato algumas conseqüências. Não há muita clareza, todavia, em que consiste exatamente essa maior ou menor gravidade, já que, em alguns casos, a doutrina expressamente reserva a expressão *inexistência* para os casos de violação a normas constitucionais de garantia, embora, em outros momentos, fale também de nulidade absoluta nessas mesmas situações⁴.

A diferença entre nulidades absolutas e relativas estaria, ainda conforme a doutrina, na natureza dos interesses supostamente protegidos pela norma processual violada pelo ato defeituoso, de forma que, onde predominar o interesse público, haverá nulidade absoluta, e onde predominar o interesse particular, haverá nulidade relativa. No que se refere às conseqüências, ademais, a diferença é que, na primeira hipótese, os vícios processuais não estariam sujeitos à preclusão, demonstração de prejuízo ou convalidação e poderiam ser conhecidas e declaradas de ofício.

Por fim, utiliza-se a expressão *mera irregularidade* para aquelas hipóteses em que o ato, ainda que defeituoso, atinge o fim a que se destina, não sofrendo, portanto, qualquer espécie de sanção por parte do ordenamento⁵. De tais atos, para alguns, cuidaria o art. 564, IV, do Código de Processo Penal, a *contrario sensu*.

É curioso notar, observe-se bem, que essa profusão de categorias conceituais imaginadas pela doutrina não guarda qualquer relação com as normas estabelecidas no Código de Processo Penal,

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. *Idem*, p. 22-23.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 475.

em que não há qualquer referência à *inexistência* e *mera irregularidade* ou qualquer referência à diferença entre nulidades relativas e absolutas (embora haja regras sobre preclusão, demonstração de prejuízo, etc), mas cuida apenas de enumerar, como dissemos, um rol extenso (que deveria ser taxativo, em princípio) de *nulidades*, pura e simplesmente.

É forçoso reconhecer, ademais, que aqui também assiste razão a BINDER, quando afirma que “essa maneira de atuar e de raciocinar é muito própria da adaptação da cultura inquisitiva à cultura da legalidade própria do século XIX e gera muitas confusões, assim como divergência patológica entre a prática dos tribunais e a doutrina”⁶.

Em última análise, as teses que recolhemos do pensamento do mestre argentino em relação aos vários níveis e graus de invalidade são as seguintes:

- a) De fato existe uma espécie de caos conceitual no nosso sistema de nulidades, com atos que são irregulares, mas devem ser preservados sem maiores indagações, outros que são irregulares, devem ser anulados, mas preservam alguns efeitos, e outros que devem ser considerados como não atos, ou seja, são, mas não são, e não produzem qualquer efeito;
- b) Essa verdadeira babel conceitual, que praticamente não guarda correspondência semântica com o texto legal, é fruto daquele paradoxo ao qual já nos referimos, e de nossa indecisão permanente em dar prioridade à substância, ao princípio contido na norma (macroestrutura) ou aos requisitos estritamente formais estabelecidos na Lei para a realização do ato, e que deveriam ser a sua condição de efetividade (microestrutura);
- c) A superação desse quadro, ademais, só será possível mediante a compreensão de que os diversos sujeitos que atuam no processo são titulares de interesses de natureza diversa, que determinam formas específicas de relacionamento com as formas processuais. Ou seja, em face de atos processuais defeituosos, é preciso pensar num determinado modelo de proteção para os interesses do acusado, outro modelo para os interesses da vítima e um terceiro para os interesses do Estado, representado pelo Ministério Público.
- d) A construção desses três modelos, além disso, ao contrário do que se pode imaginar, oferece mecanismos muito mais simples e estáveis para o controle dos vícios formais do processo.

⁶ BINDER, Alberto M. *Idem*, p. 24.

4 O SISTEMA DE CONTROLE DE INVALIDADES E OS INTERESSES DO ACUSADO

O nosso desafio neste tópico é pensar quais seriam as linhas gerais de um modelo de controle de invalidades que proteja bem os interesses do acusado. Parece claro, nesse passo, que antes de tudo é preciso partir da própria compreensão da situação desse sujeito processual, como titular do direito à liberdade e principal objeto de proteção do sistema de garantias que constitui a base principiológica do direito processual penal. O próprio princípio do *devido processo legal*, como sabemos, constitui uma garantia da pessoa acusada de delito. A liberdade é sua por direito e o Estado é quem precisa lançar mão do processo para retirá-la. Em suma, ao acusado, mais do que a qualquer pessoa, interessa que a base *substancial* dos seus direitos fundamentais (macroestrutura) esteja assegurada por exigências formais e requisitos de validade dos atos processuais (microestrutura).

Nessa linha de pensamento, mais uma vez, tomaremos por empréstimo o extraordinário ensaio de BINDER, para quem, é preciso, inicialmente, compreender e desvincular as noções de *defeito e sanção*. É que, para o mestre, *a idéia de sanção responde precariamente à função das formas e ao regime de nulidades dentro do processo penal. A atividade judicial ativada pelo sinal de descumprimento de um princípio é antes de qualquer coisa reparadora e, em última instância sancionadora. Por isso, a aplicação do conceito de sanção à teoria das nulidades é, mais que errônea, pouco produtiva e confusa*. O que se pode concluir, portanto, é que o desatendimento de algum requisito legal para a prática de um ato processual (microestrutura) funciona como uma espécie de *sintoma* da *doença* que precisa realmente ser eliminada, isto é, o ataque contra algum princípio ou algum direito fundamental (macroestrutura). O que se espera do sistema jurídico, de outro lado, não deve ser simplesmente a *sanção* contra o sintoma, mas o *saneamento* do próprio mal em si.

A diferença entre uma coisa e outra, note-se bem, tem conseqüências práticas importantes. A noção mais elementar de saneamento, ainda conforme BINDER, consiste no restabelecimento de um princípio constitucional (em sentido amplo) que foi lesionado pela atividade processual defeituosa. Assim, compreende-se o teor do artigo 563, do Código de Processo Penal, quando

assevera que *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*⁷.

Em muitos casos, prossegue o mestre, o restabelecimento da forma não significa restaurar o princípio, mas, ao contrário, configura uma nova violação do princípio e um agravamento de sua situação inicial. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de *reformatio in pejus* indireta: alguém, condenado por juiz incompetente, recorre ao tribunal que, reconhecendo de ofício a nulidade, remete os autos ao juízo competente; se contra a mesma decisão não houve recurso da acusação, uma nova sentença, como sabemos, não poderá condená-lo a uma pena superior àquela estabelecida na sentença nula, que, apesar disso, produz ao menos esse efeito. Há, todavia, importantes opiniões sustentando a não aplicação do princípio da proibição à *reformatio in pejus* indireta quando se tratar de juiz constitucionalmente incompetente, eis que, nesse caso, o ato é *inexistente*, e não geraria efeito algum, nem mesmo esse. O que temos aqui, portanto, é um caso típico de solução equivocada, que ao invés de procurar *sanear* o mal na sua origem, preocupa-se apenas com o sintoma (nulidade absoluta), e acaba por assassinar o *doente*.

No mesmo exemplo citado acima, aliás, se a situação posta nos autos já admite uma absolvição, nada obsta, segundo pensamos, que a segunda instância simplesmente deixe de declarar a nulidade, e de logo decidindo, no mérito, pela improcedência do pedido de condenação. Soluções dessa ordem, contudo, só se tornam possíveis, como dissemos, à luz da noção de *saneamento*, como medida prioritária para o caso de ato processual defeituoso. Há, aliás, a respeitável opinião de GRINOVER e outros⁸ nesse sentido, invocando, no particular, a aplicação analógica do art. 249, § 2.º, do Código de Processo Penal, que reza que *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 atividade *saneadora*, isto é, de salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, exige, ademais, atuação de ofício do juiz. Aqui, mais uma vez, vale o princípio segundo o qual o sistema acusatório convive tranqüilamente com a iniciativa judicial que se dirige à tutela efetiva da liberdade, tal e qual acontece na ação de *habeas corpus*. Com isso, ademais, abandona-se a dicotomia entre *nulidade relativa* e *nulidade absoluta*, que além de não trazer muita clareza,

⁷ Regra consagrada do *princípio do prejuízo*, conforme a doutrina tradicional.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. *Idem*.

acaba fundando um falso paralelismo com os conceitos de nulidade absoluta e relativa dos atos jurídicos em geral⁹ ¹⁰.

Por fim, é preciso ter em mente que a possibilidade de agir de ofício não autoriza o juiz a substituir-se à vontade do acusado e decidir por ele de forma arbitrária.

Primeiro, ele deve ter a preocupação de observar se, além do quebramento de formas, houve efetiva afetação do princípio. Ou seja, deve estar atento para identificar se está diante de um verdadeiro sintoma ou de um *alarme falso*. Além disso, verificando que houve de fato prejuízo deve também consultar o acusado, assim como o seu defensor, sobre qual a melhor solução reparadora, sempre que houver mais de uma opção aceitável. Isso não significa, note-se bem, que o acusado tenha a opção de simplesmente *recusar* qualquer medida reparadora. A decisão, inclusive, pode ir até mesmo contra o seu interesse concreto, eis que: a) as garantias se estabelecem para proteger o acusado, e não para que este tire uma vantagem irregular dentro do processo; e b) o acusado não pode obrigar o Estado a realizar uma atividade processual que contradiga as suas próprias condições de legitimidade. É sobre essas balizas, aliás, que se deve interpretar a norma do art. 565, do Código de Processo Penal, quando afirma que *nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido*¹¹.

Além do *saneamento*, contudo, a atividade processual irregular admite duas outras espécies de solução, quais sejam, a *convalidação* e a *nulidade*.

Por convalidação pode-se compreender a *absorção* do prejuízo causado ao princípio, em razão de um interesse superior. Como vimos, contudo, para a tutela do acusado não há falar de convalidação, uma vez que todos os problemas podem e devem ser tranqüilamente resolvidos a

⁹ BINDER, Alberto M. *Idem*.

¹⁰ Para importantes setores da doutrina, nas situações caracterizam nulidade absoluta o prejuízo é *evidente*, ou *presumido*. Para GRINOVER e outros, melhor será falar de dano indubitável, já que a presunção importa somente inversão do ônus da prova. Assim, por exemplo, nos termos do art. 564, III, “e”, 1ª parte, do Código de Processo Penal, o prejuízo ao contraditório dispensa a demonstração; de igual modo, conforme o art. 564, parágrafo único, 1ª parte, a não apreciação de uma questão pelos jurados supõe dano evidente à correção da decisão judicial. As nulidades relativas, ao contrário, demandariam a necessidade de alegar, demonstrar e provar o prejuízo, ainda que seja por mera inferência dedutiva. Assim, por exemplo, nos termos da conhecida 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*.

¹¹ Para importantes autores, inclusive, essa regra só vale para as chamadas *nulidades relativas*.

partir da atividade saneadora, por meio de um juízo de razoabilidade. É preciso ter em mente, todavia, que o legislador do Código de Processo Penal frequentemente confunde o conceito de *convalidação* com o de *saneamento*. Veja-se, por exemplo, o teor do art. 572, do Código de Processo Penal, ao dispor que *as nulidades previstas no art. 564, III, “d” e “e”, segunda parte, “g” e “h”, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos*. De igual modo, setores importantes da doutrina tratam os conceitos de forma indistinta. Para GRINOVER e outros, por exemplo, “em certas situações previstas em lei, sanada a **irregularidade ou reparado o prejuízo** será possível que o ato viciado venha a produzir os efeitos dele esperados; nesses casos, em lugar da invalidação, pode ocorrer **convalidação** do ato praticado em desconformidade com o modelo legal”¹² (grifamos).

A nulidade, normalmente definida como “perda total dos efeitos próprios de um ato processual por sua realização defeituosa, ou seja, violando as prescrições legais que regulam sua forma de produção”¹³. Nesses termos, aliás, é preciso compreender a nulidade como conseqüência que se impõe ao ato defeituoso, e não, como normalmente se utiliza em doutrina, como sinônimo de defeito. Ademais, em se tratando de tutela dos direitos fundamentais do acusado, ela deve ser sempre a última opção, isto é, a *nulidade*, como sanção, só deve ser utilizada quando a *reparação* (recuperação efetiva do direito fundamental lesado) não for possível ou desejável.

Por fim, é importante ter em mente que um ato jurídico processual está sempre concatenado com outros que o sucedem ou antecedem no procedimento. Daí decorre que dentre os efeitos do ato processual não estão apenas aqueles que se relacionam diretamente com os fins específicos a que se destinam. Além desses, é forçoso reconhecer que a prática regular de um ato processual antecedente deve funcionar, como regra, para determinar o momento a partir do qual deve se realizar o ato seguinte.

Nesse sentido, os atos processuais constituem verdadeiros requisitos legais sem os quais os demais que os sucedem não podem ser praticados. É o que normalmente se chama, em doutrina, de nulidade *derivada*. Observe-se, entretanto, que, conforme o texto do Código de Processo Penal

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. *Idem*, p.36.

¹³ BINDER, Alberto M. *Idem*, p. 91-92.

(art. 573, §§ 1.º e 2.º), a ordem que deve ser exigida, nesses casos, é muito mais uma seqüência lógica do que cronológica, isto é, a nulidade de um ato só prejudica os atos posteriores que sejam consequência necessária dele¹⁴.

Assim, conforme setores importantes da doutrina pátria, 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 outros atos de aquisição da prova validamente realizados, salvo naqueles casos em que o elemento de prova obtido licitamente tenha chegado aos autos graças a uma informação obtida ilicitamente, quando deve ter lugar, como vimos, a chamada *teoria dos frutos da árvore envenenada*. A sentença, em regra, será sempre atingida, a não ser que o ato nulo não tenha exercido sobre ela qualquer influência, nos termos do art. 566 do Código de Processo Penal.

Em qualquer caso, note-se bem, é preciso ter em mente, ainda, que a nulidade (perda dos efeitos do ato, bem como de seus subseqüentes) deve alcançar níveis diferentes, a depender das circunstâncias, ditados pela conveniência da própria tutela dos direitos fundamentais do acusado. Ou seja, a própria extensão da nulidade deve ser determinada pelas possibilidades de *saneamento*. Assim é que, nada impede, por exemplo, que se considere válido um ato instrutório por qualquer razão nulo, quando dele seja possível obter informação segura para uma sentença absolutória.

5 O SISTEMA DE CONTROLE DA INVALIDADE PROCESSUAL E OS INTERESSES DA ACUSAÇÃO

Os sistemas de processo penal contemporâneos, pelo menos no mundo ocidental, resultam de uma série de transformações sofridas desde o modelo acusatório privatístico, passando pelo sistema inquisitorial, até o modelo acusatório dito *publicizado*, que se caracteriza, pelo menos na teoria, pelo retorno a uma estrutura *adversarial*, com separação entre as funções de acusar e julgar, mantendo-se, todavia, a acusação nas mãos do próprio Estado, através de uma espécie de parte artificial, que é o Ministério Público.

Daí decorre, note-se bem, que, na grande maioria das vezes, seja o próprio Ministério Público o titular da função de persecução penal em juízo, embora se defira esse papel à vítima, também,

¹⁴ Para GRINOVER e outros, essa seria a regra que consagra o chamado *princípio da causalidade*. (ob.cit.).

excepcionalmente, naqueles casos em que o interesse protegido pela norma penal seja, prioritariamente, o interesse particular. Já tivemos oportunidade, ademais, de expor crítica a esse modelo, sustentando, primeiro, que a presença da vítima no processo penal, no mais das vezes, representa a consagração do valor da *vingança*, que deve ser repudiado por qualquer sistema jurídico de vocação minimamente racional e utilitarista; ademais, sempre que houver mais interesse privado do que público na persecução penal, está posto em cheque o próprio princípio da *subsidiariedade* da intervenção penal do Estado na liberdade das pessoas, que desde cedo aprendemos tratar-se da *ultima ratio* em termos de controle social.

Parece irrecusável, contudo, que, mesmo no âmbito das ações penais públicas, deve-se reconhecer à vítima algum papel de natureza *acusatória*, não apenas como interessado na obtenção de um título executivo válido para se indenizar em função dos prejuízos sofridos, mas também, dentro de certos limites, para ver satisfeito o seu interesse, puro e simples, na *justa* punição do culpado.

Logo, um dos desafios dos sistemas de processo penal contemporâneos é pensar e regular formas de atuação da atividade acusatória que permitam harmonizar as funções do Ministério Público e da vítima, e que sejam ao mesmo tempo compatíveis com a exigência maior de preservação dos direitos fundamentais do acusado. É assim que para BINDER, além da função de garantia, atualmente, as formas processuais têm, ao menos, duas outras funções: dar aos ofendidos ampla possibilidade de solicitação da intervenção do aparato judicial na esfera de seus direitos lesados e assegurar a objetividade do Ministério Público como suporte ou gestor das vítimas, na via estrita, porém segura, da Lei.

Nessa linha de pensamento, no que se refere aos direitos processuais da vítima, sustenta o mestre argentino que os esforços nesse sentido devem partir de algumas premissas relativas ao ofendido, quais sejam: a) toda vítima deve ter o direito de recorrer aos Tribunais para solicitar a reparação ou o castigo de sua ofensa; b) o Estado deve organizar mecanismos para que essa petição possa ser exercida de um modo razoável e seguro; os mecanismos não podem constituir um modo encoberto de autodefesa (vingança), com a cumplicidade do Estado;

Da mesma forma que fizemos em relação ao *acusado*, portanto, pensar um modelo específico para as nulidades processuais que interessam à vítima (como autora principal, subsidiária ou como assistente do Ministério Público), implica partir, inicialmente, do reconhecimento de seus direitos *substanciais* em ver a justa punição do culpado. O desatendimento de uma forma processual, portanto, deve ser levado em conta, também aqui, apenas como *sintoma*, que nem sempre pode confirmar a existência de *doença*.

Por outro lado, é importante ter em mente que embora se reconheça a importância da tutela dos direitos da vítima, ela evidentemente não se encontra no mesmo nível da função de garantia dos princípios de proteção ao imputado, uma vez que “a memória da arbitrariedade e o sofrimento provocado pelo poder penal fazem com que o sistema de garantias tenha um valor superior”¹⁵. E não vai haver aqui qualquer violação ao princípio da isonomia processual. Cuida-se, na verdade, de tratar desigualmente os desiguais, considerando-se, como dissemos, a diferença substancial dos interesses em disputa no processo penal.

Ao contrário do que ocorre no sistema de nulidades que interessam ao acusado, o conceito de *convalidação*, aqui, ocupa um lugar central. Assim, antes mesmo de pensar em qualquer solução de saneamento. No dizer de BINDER, frente a um ato processual defeituoso que afeta o interesse da vítima, o juiz “deve analisar, em primeiro lugar, se ele foi convalidado, ou seja, se o dano não foi suprido por uma atividade paralela do Ministério Público ou se a própria vítima, mediante um ato expresso ou tácito, consentiu os efeitos do ato inválido. Se isso não é assim, deve analisar ainda se não existe um conflito com um princípio de proteção ao imputado que esteja garantido pela própria forma. Se existe esse conflito, deve convalidar o defeito que afeta o interesse da vítima pelo valor superior dos princípios que protegem o imputado. Só depois disto resta lugar, em primeiro lugar, para a reparação (saneamento) e finalmente para a anulação do ato”¹⁶.

No que tange às nulidades que afetam ao Ministério Público, sustenta BINDER, com muita propriedade, que o órgão atua, no processo penal, como uma espécie de toga especializada na tutela das vítimas, fazendo-o a partir de sua condição estatal, porém sempre no interesse de

¹⁵ BINDER, Alberto M. *Idem*, p. 109.

¹⁶ *Ibidem*, p. 110-111. Vejam-se, como exemplos de atividade *saneadora* pro acusação, as hipóteses dos arts. 568 e 569, do Código de Processo Penal, segundo os quais, respectivamente, a *nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais*; e *as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final*.

vítimas individuais, coletivas ou difusas. Como órgão do Estado, contudo, deve atuar dentro dos limites que a Lei estabelece, e procurando fortalecer, portanto, as próprias condições de legitimidade do Estado, o que significa, dentre outras coisas, zelar pelos princípios de proteção do próprio acusado.

Dessa dúplice função do Ministério Público (tutela do interesse das vítimas e dos direitos fundamentais do acusado) surge um regime especial de nulidades em que a irregularidade do ato processual que afete o seu interesse só poderá ser reconhecida se: a) não foi suprida pela atuação da vítima; b) ou se viola princípio de proteção ao acusado. Nesses casos, ademais, tratar-se-ia de mera irregularidade, não sendo nem mesmo necessário falar de convalidação.

Por fim, mesmo nos casos em que a prática do ato irregular tenha prejudicado o efetivo interesse na punição (tutela das vítimas) e não tenha sido suprido pela atuação do ofendido, o *saneamento* ou a anulação do ato só pode ser decretada se não causar prejuízo ou privar o acusado de vantagem no processo, eis que *o Estado não pode invocar em seu favor a sua própria torpeza*.

6 MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS E SUAS IMPLICAÇÕES NA DISCIPLINA DA INVALIDADE PROCESSUAL

Como já vimos, a quebra da forma legal estabelecida para um ato processual funciona como um *sintoma* de que houve violação de um princípio, a exigir alguma atividade saneadora por parte do órgão jurisdicional. Sabemos, por outro lado, que o fenômeno processual se manifesta, sempre, num determinando espaço de tempo, e pode ser alcançado, por isso, por inovações legislativas que acabem por modificar o procedimento ou a forma exigida para a prática de um determinado ato processual.

Aqui, faz-se necessário recordar, em breves linhas, os aspectos mais relevantes sobre a identificação da norma válida para os atos já praticados, bem como daqueles que estão por vir.

O problema reclama a aplicação do art. 2.º, do Código de Processo Penal, devidamente interpretado, é claro, à luz dos princípios do Direito Processual Penal. O que se tem, portanto, é que, em princípio, a norma processual penal nova tem aplicação imediata, isto é, a partir do instante em que entra em vigência, aplicando-se desde já aos processos em curso, servindo, por

consequente, como referencial para a prática dos atos processuais que estão por vir. Os atos praticados sob a vigência da Lei anterior, todavia, têm a sua validade preservada.

Veja-se, porém, que quando a norma processual penal nova incidir sobre direitos fundamentais do acusado, deve funcionar da mesma maneira que a norma de Direito Penal material, isto é, deve ter aplicação retroativa, sempre, para beneficiar, alcançando, inclusive, atos já praticados, e naquilo que for mais gravosa, só deve ser aplicada a processos que venham a ser instaurados a respeito de *atos criminosos* praticados a partir de sua vigência.

7 A INVALIDADE PROCESSUAL E AS NORMAS DE COMPETÊNCIA

É apropriado aqui fazer algumas considerações sobre a invalidade decorrente da incompetência.

Neste ponto, o legislador do Código de Processo Penal criou uma espécie de *micro-sistema* de regras que dispensam um tratamento diferenciado à invalidade decorrente da incompetência de juízo. Trata-se das normas do art. 109, que determina a remessa dos autos para o juiz competente, e a *ratificação* dos atos já praticados, e do art. 567, I, do Código de Processo Penal, que, de certa forma, *relativiza*, mitiga, excepciona a consequência inicialmente referida no art. 564, I, do Código de Processo Penal, na medida em que prevê, mesmo nos casos de incompetência, a possibilidade de aproveitamento dos atos instrutórios (depoimentos, perícias, juntada de documentos, etc.), anulando-se somente os atos decisórios.

Contudo, existem pelo menos quatro correntes que tentam dar conta de interpretar essas normas a fim de dar-lhes alguma consequência prática, sobretudo quando o vício decorrer do descumprimento de alguma norma constitucional de competência.

É assim que, para alguns, a atuação do juiz constitucionalmente incompetente gera mais que simples incompetência absoluta, mas *ilegitimidade*. A sanção a ser aplicada nesses casos deve ser a nulidade absoluta, nos termos do art. 564, I, do Código de Processo Penal. Não se aplica a regra do art. 567 do Código de Processo Penal, a permitir o aproveitamento dos atos instrutórios. Os atos praticados pelo juiz incompetente, todavia, ainda pode gerar algum efeito, como, por exemplo, nos casos de *reformatio in pejus* indireta. Por fim, não se reconhece a categoria da competência relativa.

Para outros, a atuação do juiz constitucionalmente incompetente gera mais que simples incompetência absoluta, mas a inexistência dos atos processuais. A sanção deve ser também a declaração de inexistência, que se distingue da nulidade absoluta na medida em que não se cogita da produção de qualquer efeito, nem mesmo nos casos de *reformatio in pejus* indireta. De igual modo, não se aplica a regra do art. 567 do Código de Processo Penal nesses casos.

Outros setores da doutrina, ademais, sequer fazem distinção entre a incompetência constitucional e aquela decorrente de normas infraconstitucionais. A referida regra do art. 567 seria aplicável aos casos de incompetência dita relativa (territorial) e não nos casos de incompetência absoluta (em razão da pessoa e em razão da matéria).

Por fim, é oportuno registrar a nossa respeitosa divergência de todos os entendimentos até aqui expostos. É que, para nós, mesmo nos casos de incompetência pelo descumprimento de uma norma infraconstitucional, o princípio do juiz natural não permite o aproveitamento de qualquer ato do processo. É preciso ter em mente, inicialmente, que as normas infraconstitucionais sobre competência, embora estejam num extrato hierárquico inferior, também dão concreção ao princípio do Juiz Natural na medida em que especificam, previamente, e através de critérios objetivos, quem será a autoridade judiciária competente para cada caso. Por outro lado, o texto da Constituição, da forma como foi escrito, reza que ninguém será *processado* (grifamos) nem sentenciado *senão pela autoridade competente*, e parece claro que mesmo os atos instrutórios, porque atos do *processo*, devem estar necessariamente alcançados por essa regra. Permitir, portanto, que a instrução processual seja aproveitada é uma forma sutil de esvaziar totalmente a garantia constitucional, já que os seus atos, como sabemos, são absolutamente condicionantes do julgamento em si. O que se impõe, portanto, à luz do que acabamos de estudar, é a invalidação radical de todos os atos do processo, salvo, evidentemente, se o juiz competente já puder de logo absolver o acusado, como medida *sanativa* mais adequada para resgatar a integridade dos seus direitos fundamentais.

8 MECANISMOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA INVALIDADE PROCESSUAL

Vimos que a invalidade processual pode decorrer de um sem número de causas, desde o desatendimento de alguma forma processual válida, até a falta de um pressuposto processual ou condição para o exercício do direito de ação.

Dito isto, é imperioso reconhecer que todos os mecanismos de controle da legitimidade, da justa causa, da competência, da imparcialidade do juiz são, ainda que indiretamente, formas por meio das quais se pode sanar a atividade processual inválida. Estariam nesse rol, por exemplo, as exceções e as arguições diretas de ilegitimidade, incompetência, suspeição e coisa julgada, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, o conflito de competência e de atribuições, o *habeas corpus* e a revisão criminal.

Por outro lado, em face do que estudamos linhas acima, é imperativo se afirmar que, em alguns casos, isto é, quando afetem direitos fundamentais do acusado, podem e devem ser pronunciadas de ofício pelo próprio juízo, a quem cabe sanar o problema e, em último caso, decretar a nulidade. Quando, todavia, a invalidade acarreta prejuízos para a acusação, como vimos, a arguição de nulidade está sujeita à convalidação e preclusão, e precisa sempre ser argüida pelo Ministério Público ou pelo ofendido.

Outrossim, sabemos que a invalidade processual é tema que antecede a qualquer juízo de mérito que possa ser exarado numa causa penal. Assim é que as questões que lhe dizem respeito normalmente são tratadas como *preliminares*.

Dessa forma, afora as alternativas já referidas anteriormente, alguma outra invalidade poderá ser controlada por meio da própria iniciativa do juiz (nos casos em que deve agir de ofício), ou por arguição direta da parte, até a sentença. Depois da sentença de mérito, contudo, o juiz esgota a sua jurisdição e, em princípio, não pode mais se pronunciar nesse sentido. A partir daí, a invalidade só poderá ser reconhecida em segunda instância, por provocação da parte, em preliminar de apelação, ou mesmo de ofício pelo Tribunal, quando for o caso.

Por fim, ainda que concebida como *preliminar*, como dissemos, a questão que induz a uma invalidade pode não consistir obstáculo para que se decida o mérito, naqueles casos em que,

como referido, o órgão jurisdicional, apesar da irregularidade, já tenha elementos para uma sentença absolutória.

9 CONCLUSÕES

Enfrentadas que foram as questões que, segundo pensamos, formam o conjunto dos temas fundamentais referentes à problemática das nulidades no processo penal, permitimo-nos alistar, de tudo quanto foi exposto, as conclusões mais importantes:

- a) A teoria das nulidades apresenta uma série de complicadores em seu estudo, seja em função da enorme diversidade de espécies ou níveis de invalidade ou defeitos aos quais a doutrina se refere, seja pela ausência de um conjunto de regras infraconstitucionais ajustado com a Constituição Federal e as necessidades da vida moderna, mas, principalmente, diante da adoção, por parte dos processualistas de um modo geral, de uma teoria unitária das nulidades, que antes preocupada com a uniformização das soluções para o desatendimento às exigências formais da lei, não leva em conta dois pontos essenciais: 1.º - que cada sujeito processual tem um feixe individualizado de interesses que estão postos em jogo no processo penal, a reclamar, portanto, uma proteção também diferenciada por parte da ordem jurídica; 2.º - que qualquer teoria das invalidades, no processo penal, deve estar focada, acima de tudo, na necessidade de dar efetividade *substantiva* aos direitos fundamentais processuais que estão colocados na Constituição Federal.
- b) Nesta esteira, surge a necessidade se reconstruir uma teoria das invalidades que se afaste do sistema inquisitivo, partindo-se da idéia de que uma teoria geral das invalidades no processo penal deve ter como compromisso primordial a efetividade aos direitos fundamentais que estão postos na Constituição Federal, ou seja, tratando-se forma como garantia. Ademais, pode e deve ser construída a partir de categorias próprias, pensadas a partir da Constituição Federal, bem como pode e deve ter a preocupação de reduzir complexidade, o que significa abandonar categorias conceituais desnecessárias, que muitas vezes geram muito mais confusão do que simplificação. Outrossim, apesar de aplicável a toda a atividade processual, deve ter preocupações particulares, conforme as especificidades dos interesses que estejam em jogo.

- c) Assim, faz-se necessário compreender o exato sentido da expressão “forma como garantia”, devendo-se considerar que o mais importante é a proteção aos direitos fundamentais das partes, não se reduzindo as formas aos requisitos previstos em Lei, mas incorporando a elas o conteúdo do direito que visam a proteger. Dessa maneira, haveria na forma processual uma dupla estrutura, composta por uma *macroestrutura*, correspondente ao seu conteúdo substancial e principiológico e uma *microestrutura*, correspondente aos requisitos legais estabelecidos para a sua realização.
- d) No mesmo sentido, é imperiosa uma revisão das categorias apresentadas pela doutrina quando do tratamento do sistema de nulidades, superando-se o paradoxo nelas contido, o que apenas será possível com a compreensão de que os diversos sujeitos que atuam no processo são titulares de interesses de natureza diversa, que determinam, também, formas específicas de relacionamento com as formas processuais. Ou seja, em face de atos processuais defeituosos, é preciso pensar num determinado modelo de proteção para os interesses do acusado, outro modelo para os interesses da vítima e um terceiro para os interesses do Estado, representado pelo Ministério Público.
- e) Sendo assim, um modelo de invalidades que proteja bem os interesses do acusado deve levar em consideração que a ele, mais que a qualquer pessoa, interessa que a base *substancial* dos seus direitos fundamentais (macroestrutura) esteja assegurada por exigências formais e requisitos de validade dos atos processuais (microestrutura), tendo em vista sua condição de titular do direito à liberdade e objeto do sistema de garantias.
- f) Dentro dessa linha de raciocínio, o desatendimento de algum requisito legal para a prática de um ato processual (microestrutura) funciona como uma espécie de *sintoma* da *doença* que precisa realmente ser eliminada, isto é, o ataque contra algum princípio ou algum direito fundamental (macroestrutura). O que se espera do sistema jurídico, então, não é a simples *sanção* contra o sintoma, mas o *saneamento* do mal em si, restabelecendo-se o princípio, cabendo, para isso, inclusive, a utilização da própria atividade de ofício do juiz.
- g) Além do *saneamento*, a atividade processual irregular admite também duas outras espécies de solução, quais sejam, a *convalidação* e a *nulidade*. Por convalidação pode-se compreender a *absorção* do prejuízo causado ao princípio, em razão de um interesse superior, sendo que, para a tutela do acusado não há que se falar nela, já que todos os problemas podem resolvidos a partir da atividade saneadora, por meio de um juízo de razoabilidade. Já a nulidade refere-se à consequência que se impõe ao ato defeituoso, e

não, como normalmente se utiliza em doutrina, como sinônimo de defeito, de modo que, em se tratando de tutela dos direitos fundamentais do acusado, ela deve ser sempre a última opção, isto é, só deve ser utilizada quando a *reparação* (recuperação efetiva do direito fundamental lesado) não for possível ou desejável.

- h) No tocante aos direitos processuais da vítima (como autora principal, subsidiária ou como assistente do Ministério Público), o sistema de controle da invalidade deve partir do reconhecimento de seus direitos *substanciais* em ver a justa punição do culpado, sem que, contudo, isso constitua um modo velado de autodefesa (vingança), com a conivência do Estado. O desatendimento de uma forma processual, também aqui, deve ter tomado apenas como *sintoma*, que nem sempre pode confirmar a existência de *doença*. Ao contrário do que ocorre no sistema de nulidades que interessam ao acusado, porém, o conceito de *convalidação*, aqui, ocupa um lugar central, devendo ser considerado antes de qualquer solução de saneamento.
- i) No que tange às nulidades que afetam ao Ministério Público, tem-se que este órgão atua, no processo penal, dentro dos limites que a Lei estabelece, como uma espécie de toga especializada na tutela das vítimas, fazendo-o a partir de sua condição estatal, porém sempre no interesse de vítimas individuais, coletivas ou difusas, procurando, também, fortalecer as próprias condições de legitimidade do Estado, o que significa, dentre outras coisas, zelar pelos princípios de proteção do próprio acusado. Dessa dúplice função do Ministério Público surge um regime especial de nulidades em que a irregularidade do ato processual que afete o seu interesse só poderá ser reconhecida se não foi suprida pela atuação da vítima; ou se viola princípio de proteção ao acusado.
- j) Além disso, mesmo nos casos em que a prática do ato irregular tenha prejudicado o efetivo interesse na punição (tutela das vítimas) e não tenha sido suprido pela atuação do ofendido, o *saneamento* ou a anulação do ato só pode ser decretada se não causar prejuízo ou privar o acusado de vantagem no processo, tendo em vista o princípio de que o Estado não pode invocar em seu favor a sua própria torpeza.
- k) Em relação às modificações legislativas e suas implicações na disciplina da invalidade processual, temos, sobre a identificação da norma válida para os atos já praticados, que, em princípio, a norma processual penal nova tem aplicação imediata, servindo como referencial para a prática dos atos processuais que estão por vir, preservando-se, todavia, os atos praticados sob a vigência da Lei anterior. Se, contudo, a norma processual penal

nova incidir sobre direitos fundamentais do acusado, deve funcionar da mesma maneira que a norma de Direito Penal material, isto é, deve ter aplicação retroativa, sempre, para beneficiar, alcançando, inclusive, atos já praticados, e naquilo que for mais gravosa, só deve ser aplicada a processos que venham a ser instaurados a respeito de *atos criminosos* praticados a partir de sua vigência.

- l) No que se refere à invalidade processual decorrente da incompetência, pensamos que, mesmo nos casos de incompetência pelo descumprimento de uma norma infraconstitucional, o princípio do juiz natural não permite o aproveitamento de qualquer ato do processo, uma vez que, pensar de modo contrário seria esvaziar a regra insculpida no texto constitucional de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.
- m) Finalmente, há que se dizer que, ainda que a invalidade processual seja concebida como *preliminar*, a questão que induz a uma invalidade pode não consistir obstáculo para que se decida o mérito, naqueles casos em que, como referido, o órgão jurisdicional, apesar da irregularidade, já tenha elementos para uma sentença absolutória.

10 REFERÊNCIAS

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Direito Processual Penal**. v1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal**. v2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2007.