

A DISTINÇÃO DAS NULIDADES EM ABSOLUTAS E RELATIVAS SOB O OLHAR DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Lucas Vinícius Reis Neres da Silva*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo trazer comentários acerca da tradicional distinção das nulidades em absolutas e relativas, no campo do processo penal, adotando como suporte teórico a ideia de instrumentalidade constitucional do processo penal. Para isso, entendeu-se necessária a exposição das principais repercussões do constitucionalismo para que tal noção de instrumentalidade se desenvolvesse e como ela se amolda ao modelo processual penal previsto na Constituição da República. Em sequência, são expostos apontamentos sobre os sistemas e a natureza jurídica do processo penal e a natureza jurídica das nulidades, entendidos como pontos essenciais para entender os atuais fundamentos da separação das nulidades em absolutas e relativas e as eventuais mudanças necessárias. Conclui-se que a referida separação, nos atuais moldes, deve ser melhor discutida e modificada pelo legislador mas também pelos aplicadores do direito, por meio de discussões democráticas.

Palavras-chave: Processo Penal Constitucional. Nulidades Absolutas. Nulidades Relativas. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal encontra, na Constituição da República, seu parâmetro normativo de legitimidade, de modo que esta pode, igualmente, ser descrita como seu horizonte de aplicabilidade. A análise de tal afirmação, tida nos tempos atuais de consolidação constante do Estado Democrático de Direito como indiscutível sob o ponto de vista da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, pressupõe a exposição dos marcos históricos que implicaram em transformações na concepção de Estado e na interpretação e argumentação do direito.

Considerações pontuais acerca do fenômeno conhecido como constitucionalismo afiguram-se de grande importância para a construção do raciocínio jurídico, de modo a entender como a constituição assumiu basilar relevância na organização estatal, enquanto parâmetro institucionalizado de validade de leis e atos normativos e consagradora de direitos e garantias fundamentais, incluídos nesse rol os afetos ao direito penal e processual penal.

O conceito de instrumentalidade é central nesse contexto, ao apontar para a teleologia do processo penal, qual seja, as suas finalidades primordiais. Deve-se, sobremaneira, estatuir uma *ideia* de processo, que oriente de forma rígida o desenrolar dos procedimentos e, por consequência, eventual invalidação destes

*Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade da Universidade Estadual do Maranhão (NEPPC/UEMA). Email: lucas-vinicius@hotmail.com

quando necessária sem, contudo, pender para excessos ideológicos. Tal ideia, como se procurará desenvolver nos tópicos do presente artigo, é a de alinhamento à efetividade da atual Constituição da República, da qual se extraem valores democráticos e de afirmação das individualidades, destacando-se o da dignidade humana, em sintonia com uma perspectiva processual humanizadora.

Assume-se, por conseguinte, a concepção de que a normatividade constitucional, na esteira de Nereu Giacomolli, não está limitada a um momento temporal rigidamente delimitado, “em razão de sua dinamicidade e de sua projeção como fenômeno universal, integrante da evolução histórica, política, cultural e jurídica de um Estado antecedente” (GIACOMOLLI, 2014, p. 78). A bem da verdade, não poderia ser diferente em face da própria efervescência e dinamismo inerente às democracias. Afinal, como ensina Norberto Bobbio (2015, p. 23), “[...] a democracia é dinâmica, sendo o ‘transformar-se’ seu estado natural”.

O presente trabalho, nessa toada, parte dos pressupostos metodológicos de que o processo penal brasileiro insere-se na concepção de *Estado Democrático de Direito* vigente e de que o processamento criminal, a cargo dos órgãos do Poder Judiciário, deve ocorrer de forma *legítima*, condicionada, segundo o magistério de Luigi Ferrajoli, “pela verdade ou credibilidade, fática e jurídica, dos discursos assertivos que formam sua motivação” (FERRAJOLI, 2002, p. 436). São utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, além da análise de conteúdo.

Nesse sentido, o processo penal possui características próprias, se desenvolvendo a partir da necessidade de imposição de limites ao Estado na aplicação de sanções criminais. O estudo das nulidades se justifica como imprescindível para a compreensão desses limites; o entendimento acerca da finalidade do processo penal permite o entendimento acerca da finalidade das formas processuais. De antemão, consigne-se que o processo penal no Estado Democrático de Direito depende da forma, estando esta em consonância com *a proteção e efetividade dos direitos e garantias fundamentais*.

Todavia, como expõe o professor Ricardo Gloeckner, nota-se que no Brasil há um “primado jurisprudencial em matéria de nulidades” (GLOECKNER, 2015, p. 282), que, aliado à ausência de um suporte teórico sólido e à subsistência de legislação com resquícios inquisitoriais, tem como consequência a existência de decisões díspares e a violação de garantias, notadamente do acusado. Em maior grau, nota-se uma deturpação quanto ao verdadeiro conteúdo do atuar legítimo estatal e sua relação com a opinião pública, de modo que se procurará identificar a relação de tal realidade com a relativização das formas processuais.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NA IDEIA DE ESTADO E NO PROCESSAMENTO CRIMINAL

As diferentes formas de Estado que podem ser identificadas historicamente são decorrentes de mudanças na essência da relação entre o Estado e os indivíduos.

Para denominar esse processo, Norberto Bobbio, inspirado no filósofo Immanuel Kant, adota a conhecida expressão “revolução copernicana” (BOBBIO, 2004, p. 29), ao expor que nos ditos Estados despótico e absolutista predominavam uma visão organicista de Estado, sendo os indivíduos em geral concebidos como meros súditos e objetos, “coisificados” em função do atendimento dos interesses dos detentores do poder.

A transição para o Estado moderno, influenciada pelo movimento iluminista, é marcada pelos anseios de maior participação nas decisões políticas e de eliminação das rígidas estratificações sociais, sem embargo das peculiaridades inerentes aos movimentos revolucionários inglês, americano e francês (estes últimos com maior poder de reverberação sobre outros países do globo). Na *práxis* estatal destaca-se a importância dada à edição de leis, declarações e tratados escritos nos quais estavam consignados *direitos*, notadamente a igualdade formal, em um ambiente econômico de afirmação do modelo capitalista.

Bobbio, assim, conclui que “é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos” (BOBBIO, 2004, p. 31), com base na noção de limitação do poder estatal. O artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é simbólico ao trazer a seguinte redação, inclinada a determinar o conteúdo essencial dos textos constitucionais: “toda a sociedade na qual a garantia dos cidadãos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada não possui Constituição”. Sob essa realidade é que Canotilho conceitua a constituição moderna como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Um importante aspecto trazido pelas ideias iluministas e que repercutiu de forma relevante na humanização das penas e do processo penal é a separação entre o direito e a moral (ou entre formalismo e substancialismo jurídico, ou entre legitimação interna e justificação externa), mais adiante utilizada pelos adeptos do positivismo jurídico. Isso principalmente em face da afirmação feita por Luigi Ferrajoli (2002, p. 175), ao enunciar sua tese garantista, de que na seara penal e processual penal os tensionamentos entre o direito e a moral são mais intensos, posto que mais estreita a relação entre eles, sendo o conflito entre o poder estatal e os direitos fundamentais mais direto do que em outros ramos do ordenamento, o que aumenta a possibilidade de confusão entre as duas esferas.

A relevância de tal separação para o processamento criminal insere-se na necessidade de serem afastadas legitimações ideológicas da atividade punitiva, a qual deveria centrar-se tão somente no fato sobre o qual incide determinada lei penal, que necessariamente o prevê como delito. Sob uma perspectiva utilitarista aplicada aos problemas da jurisdição, o jusfilósofo italiano pontua com brilhantismo:

[...] se aplicado ao processo, e conseqüentemente aos problemas da jurisdição, o princípio normativo da separação do direito e moral

impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhes são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. [...] Um cidadão pode ser punido apenas por *aquilo que fez, e não pelo que é* (FERRAJOLI, 2002, p. 178-179).

Com o estado constitucional de direito, cuja marcante característica é a presença de constituições escritas delimitando a organização estatal e consagrando direitos ditos fundamentais, tal distinção restou internalizada na estrutura jurídica. Na prática, há um certo esvaziamento da relevância das justificações externas para o direito penal, na medida em que houve verdadeira constitucionalização dos princípios do direito natural no direito positivo, onde o “dever ser jurídico” estaria consignado justamente nas normas superiores, com destaque para as constituições. Estas funcionariam, pois, como pressupostos de validade das normas inferiores, sob o ponto de vista formal e material.

O surgimento e a consolidação dos direitos sociais, de segunda dimensão, correlaciona-se com uma acepção promocional de Estado, o que resultou sobremaneira no alargamento do conteúdo das constituições. O Estado, cujo papel antes era visto como o de apenas garantir a segurança dos indivíduos, passa a assumir responsabilidades no sentido de concretizar a igualdade, em sua perspectiva material.

O valor da dignidade humana, cujo conteúdo ainda reserva profundas discussões na doutrina (apesar da unanimidade quanto à sua relevância enquanto fundamento da República, como não poderia deixar de ser em face da previsão constitucional do art. 1º, III)¹, é utilizado, como maior intensidade, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, sendo símbolo da noção de *universalização concreta* em matéria de direitos humanos² e indicando, no campo das discussões entre direito e moral, certa reaproximação entre estes dois conceitos.

Sob o ponto de vista jurídico, consolida-se o princípio da força normativa das constituições enquanto orientador tanto da atividade do legislador, como do intérprete e aplicador do direito, principalmente com supedâneo nos pressupostos fixados por Konrad Hesse, ao enunciar a *pretensão de eficácia* das constituições. Para o referido autor, a Constituição, convertendo-se na ordem objetiva do complexo de relações da vida, só adquire força ativa “[...] se se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder [...] mas também a *vontade de Constituição*” (HESSE, 1991, p. 7).

A partir de tais noções, combinadas com a de outros teóricos do direito, surgiram e se desenvolveram novos métodos de interpretação constitucional, a partir da tese de que os textos constitucionais possuem particularidades no comparativo com outros diplomas normativos, levando-se em conta também a força normativa dos princípios, dentre os quais o da proporcionalidade. O

denominado pós-positivismo consiste, por sua vez, em marco filosófico; em contraposição ao positivismo jurídico, marcado pela razão teórica, baseava-se em uma razão *prática* (na concepção kantiana), iniciando sua trajetória, na esteira de Luís Roberto Barroso, “[...] guardando deferência ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade” (BARROSO, 2015, p. 282). O que se busca, pois, até os tempos atuais, é o aprimoramento da legitimidade da atuação jurisdicional, isto é, da *jurisdição constitucional* como um todo.

A instrumentalidade do processo está intrinsecamente relacionada à legitimidade da atuação jurisdicional, com fulcro na noção de processo penal enquanto *relação de poder*. Nas palavras de Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, o processo passa a ser fundamental “na medida em que as estruturas e formas processuais adquirem uma função de *legitimação* de determinados atos praticados pelo poder político” (STRECK, OLIVEIRA, 2012, p. 22).

A despeito da concepção foucaultiana acerca das relações de poder, emergentes capilarmente das mais diversas estruturas sociais, a qual aqui se entende como precisa³, o processo penal é concebido como atividade eminentemente *estatal*. Da vingança privada, o fortalecimento do Estado proporcionou a avocação da atividade de processamento criminal e eventual aplicação de sanções criminais, em face da violação de determinado bem jurídico amparado pela lei. Nas considerações de Aury Lopes Júnior, ao tratar do monopólio estatal do poder punitivo e do princípio da necessidade,

[...] cumpre aos juízes e tribunais declararem o delito e determinar a pena proporcional aplicável, e essa operação deve *necessariamente* percorrer o leito do processo penal válido com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 65).

O primeiro nível a partir do qual a legitimidade da atuação jurisdicional em matéria penal pode ser discutida é justamente o princípio da necessidade do processo penal em relação à pena. Em um segundo nível de análise, centrada na qualidade das garantias processuais penais em si, a instrumentalidade constitucional se insere em sintonia com a *efetividade* máxima destas. Nessa construção do raciocínio jurídico, Luigi Ferrajoli desenvolve o conceito de estrita jurisdicionalidade, que, associado à estrita legalidade, configuram um *esquema epistemológico do desvio penal*, com o fito de conferir “[...], o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Para o referido jusfilósofo, o que denomina “jurisdicionalidade lata” é insuficiente para tal espeque, devendo ser *estrita*. Suas condições consistem na verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e a comprovação fática destas, sendo que o pressuposto da pena “deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 32). Sustenta, pois, que tal

perspectiva é mais consentânea às garantias penais e processuais essenciais a um processo *cognitivo*, direcionado, em maior grau, à redução dos inevitáveis espaços de discricionariedade do julgador, supondo um sistema penal prioritariamente acusatório⁴.

É nesse contexto que se coloca a importância da concretização do princípio da presunção de inocência e seu desdobramento de definição do primado do ônus probatório. Se a liberdade é o bem maior em debate no processo penal, eventual pretensão acusatória (e condenatória) deve ser suportada e incorporada justamente pelo indivíduo ou órgão que pretende restringi-la (no Brasil, em regra, a responsabilidade acusatória é incorporada pelo Ministério Público). O contraditório e a ampla defesa dão ao processo um caráter *dialético*, isto é, de confronto de teses, as quais serão apreciadas pelo julgador oportunamente e da melhor forma possível. Além disso o processo penal deve ter duração razoável, mormente nos cenários de aplicação de medidas restritivas, e o juiz deve buscar a imparcialidade.

Imperiosa, neste momento, a inserção do debate acerca do interesse público na aplicação de sanções penais. Entende-se que sua compreensão parte da definição do conteúdo do princípio (ou critério) da proporcionalidade (ou razoabilidade). Nesse espeque, não é suficiente afirmar o processo como relação de poder, sendo impreterível a inserção de nova adjetivação, qual seja, a de relação de poder *desigual*. Isso porque o Estado encontra-se presente na atividade acusatória, mas também na aplicação do direito (neste caso, mediante o trabalho do magistrado e seu corpo de assessores). O conceito de interesse público impregna facilmente nessa temática, assim como outros conceitos correlatos como ordem pública e paz social, mais suscetíveis a juízos morais e políticos. A discussão assim, repousa inegavelmente nas finalidades do processo.

A proporcionalidade, considerada em função da sistematização promovida pelo direito alemão, é compreendida sob a ótica clássica da vedação do excesso, mas também da vedação da proteção deficiente. O juiz de direito e professor Ingo Sarlet (2012) afirma que tal visão decorre das dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais, reconhecendo não apenas o *dever de não ingerência*, mas também um *dever de proteção*; assim, para o autor, a proporcionalidade funciona tanto como critério para o controle de legitimidade de medidas restritivas a direitos fundamentais pelo Estado quanto para o controle de condutas excessivamente omissivas deste. Relevante também aduzir a já tradicional diferenciação doutrinária nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A liberdade dos indivíduos e a segurança pública possuem amparo constitucional, e sempre estão em rota de colisão, e é nesse cenário que o princípio da proporcionalidade se insere; desse modo, defende-se que o interesse público deve ser verificado *em ambas as perspectivas*. Vale dizer, o referido interesse jamais pode estar restrito apenas à satisfação dos anseios punitivos, mas também à observância dos direitos e garantias envolvidos, ainda que no caso concreto se

situem somente em benefício do acusado. Nessa toada, revela-se em todas as facetas do processamento criminal, de modo que se pode colocar a *inexistência* de interesses *exclusivamente* privados na esfera processual penal. Embora a atuação jurisdicional legítima não possa ser exclusivamente *política*, deve ser *democrática*, mormente em seu sentido *substancial*, ainda que implique em posturas contramajoritárias e contrárias à opinião pública.

Não obstante a democracia substancial tenha tal perspectiva protetiva, adota-se a ideia, na esteira de Lênio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, que o conflito supramencionado não pode ensejar posturas excessivamente ideologizantes da teoria processual. Na prática, apesar da posição de desequilíbrio do acusado, agravada por vezes pela incidência de outras formas de controle social, a punição em vários casos inegavelmente é o resultado inevitável e necessário resultante do atendimento dos preceitos constitucionais. Os autores explanam, de forma objetiva e equilibrada:

De fato, se é verdadeiro que a nossa libertação – através do direito penal moderno – das masmorras medievais representou um marco do processo civilizador (Norbert Elias), também é certo que a punição, imposta nos trilhos estritos do devido processo legal, representa um ato civilizatório (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 21).

Isso de maneira alguma significa um conformismo com o sistema, de modo que não inviabiliza que se discutam, inclusive no plano legislativo, mudanças estruturais no sistema de justiça criminal. Ao contrário, parte-se da noção de que a preocupação em se efetivar a Constituição, em todos os seus termos, jamais pode significar a defesa da impunidade ou qualquer incentivo à fragilização das instituições.

O processo penal inscrito na estrutura constitucional brasileira amolda-se a um modelo de sociedade onde não haja excessivo distanciamento dos governantes em relação aos cidadãos, de modo a favorecer indiscriminadamente uma “objetificação” destes. Quer-se dizer que o fortalecimento dos indivíduos, mediante o reconhecimento e garantia de direitos, e a ampliação dos mecanismos de participação política, ideias inerentes às democracias, não se coadunam com o processamento criminal que considera o acusado como mero objeto da investigação e do processo em si. Em encerramento ao presente tópico apresenta-se contributo de Giacomolli que, ao mencionar no que consiste o processo penal democrático, aduz que:

A democracia da nova ordem constitucional reflete na democratização do processo, sem supremacia das partes ou do julgador, mas com delineamento de funções a cada sujeito, as quais são interdependentes e constroem uma gama de decisões a cada situação criminal tensionada no espaço público processual. Em cada caso penal incidirão regras processuais referenciadas pela hermenêutica constitucional, no direcionamento da tutela jurisdicional efetiva (GIACOMOLLI, 2014, p. 80).

3 NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS: apontamentos iniciais e considerações críticas

Direcionando-se o foco da análise nas nulidades, cabe pontuar que a compreensão crítica da matéria será feita a partir da apresentação de três pontos principais: dos sistemas processuais penais, da natureza jurídica do processo penal e da própria natureza jurídica das nulidades, para depois serem expostos os princípios e os fundamentos da classificação das nulidades em absolutas e relativas.

3.1 Pressupostos para a análise e princípios atinentes às nulidades

A relevância atribuída à forma no decorrer da persecução penal depende da adoção de um sistema⁵ prioritariamente acusatório ou inquisitório. Apresentando sucintamente as características de cada um, o sistema acusatório tem como principais características a separação das atividades de acusar e julgar, busca pela maior imparcialidade do juiz, a paridade entre as partes, a viabilização de um efetivo contraditório e o respeito à coisa julgada. O sistema inquisitório, por sua vez, é marcado por maior atividade probatória do magistrado e mais afeto à busca pela verdade real, instrução em regra secreta, escrita e por oferecer maiores possibilidades de flexibilização da coisa julgada.

Tais características revelam que, no processo penal brasileiro, há uma incompatibilidade entre o modelo constitucionalmente previsto e aquele previsto na lei. Enquanto que as garantias esposadas na Constituição da República (CRFB) coincidem com um modelo adversarial de processo, determinados dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), dentre os quais o art. 209 (possibilidade de oitiva de testemunhas além das arroladas pelas partes, se entender necessário), estão mais direcionados a um papel mais proativo do magistrado na produção probatória⁶.

No que tange especificamente à forma processual, o sistema acusatório apregoa maior rigidez, posto que a busca por provas é restrita à observância dos parâmetros democraticamente firmados e à obediência aos direitos e garantias em jogo, ou seja, não se dá a todo custo, servindo as formas como contenção do poder punitivo estatal e como garantias, mormente ao acusado⁷.

Consequentemente, na linha do exposto, dentre outros, por Jorge Coutinho Paschoal, a forma se justifica pelos fins que vem a tutelar, considerando-se que “[...] há formas no processo que, além de serem inócuas, ou não terem função alguma, levam à violação de direitos” (PASCHOAL, 2014, p. 7)”. Em contrapartida, o sistema inquisitório favorece a existência de menos restrições à coleta de material probatório, o que, na prática, não raro resulta na relativização das formas processuais legalmente previstas para, não raro, eventual satisfação de anseios punitivistas no seio social.

Outro debate importante a ser colocado neste momento reside na própria natureza jurídica do processo penal, mais precisamente as teorias da relação jurídica e da situação jurídica (levando-se em conta a fragilização da concepção de processo como contrato), as quais repousam na ligação entre determinado ato processual com aqueles que o antecedem ou sucedem, e as repercussões de eventual anulação para o processo em andamento como um todo.

Sob a ótica da teoria da relação jurídica são conferidos às partes verdadeiros direitos e obrigações processuais, diretamente conectados à situações de preclusão, e os atos processuais são concebidos de forma estanque. Refere a existência de pressupostos processuais, conferindo autonomia da relação processual em relação à relação jurídica material; a teoria da situação jurídica propõe, por sua vez, uma visão global dos atos, vez que todos estão direcionados a uma sentença final, negando a existência de direitos e obrigações, mas afirmando a existência de oportunidades ou chances processuais que, se bem aproveitadas ou não, podem conduzir a uma sentença favorável ou desfavorável⁸. No que concerne às nulidades, poder-se-á considerar que eventual invalidação de um ato processual pode ou não se propagar para outros atos processuais, que dela decorram ou não. A título exemplificativo, a questão mais comum a ser colocada é a da prova ilícita e sua repercussão para outros atos processuais.

Em sequência, cabe também apresentar sumariamente as principais concepções doutrinárias acerca da natureza jurídica das nulidades. A teoria predominante é a de que a nulidade consiste em sanção, ou seja, uma “[...] consequência jurídica da prática irregular de um ato processual” (PACELLI, 2014, p. 898), sendo colocada, conseqüentemente, no plano da eficácia. Todavia, há autores, como Guilherme de Souza Nucci (2015), que ainda apregoam a nulidade como vício, qual seja, colocando-a na própria essência da atipicidade em si, tese que, não obstante fundamentada legalmente no rol de atipicidades do art. 564 do CPP, perde força justamente pelo princípio reitor do prejuízo, o qual, em outras palavras, indica que nem toda dissonância com o texto legal enseja nulidade. A nulidade enquanto ato jurídico inválido é defendida principalmente na proposta de teoria das nulidades de Ricardo Gloeckner (2015, p. 387 e seguintes) como alternativa para solução das incongruências entre os planos da invalidade e da ineficácia por ele detectadas, no entanto ainda carece de consolidação, assim como a de tipo processual e constitucional.

Com exceção da teoria da nulidade como vício, todas associam a nulidade no processo penal a uma decisão *judicial* que discorra sobre os limites da perda de efeitos e eventual necessidade refazimento do ato atípico, de modo que a perda dos efeitos jurídicos não se dá automaticamente; mesmo a teoria do vício, nesse contexto, consigna a aplicação posterior de uma *sanção de ineficácia* pelo magistrado.

Os referidos pontos já colocados são pressupostos para discussões científicas mais aprofundadas na teoria das nulidades, no sentido de sua modificação e aprimoramento para maior atendimento da força normativa constitucional e

de um processo penal instrumental. No entanto, necessária a compreensão dos princípios atualmente previstos.

O princípio da instrumentalidade das formas guarda intrínseca relação com o princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), na linha de uma concepção teleológica dos atos processuais. O art. 563 é o parâmetro normativo, dispondo que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo à acusação ou a defesa” (BRASIL, 1941). Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Fernandes e Antônio Gomes Filho, os limites à declaração de nulidade podem ser condensados na seguinte afirmação: “[...] 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” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 25). Como consequência prática, a acusação ou a defesa, a depender do caso, deverão se desincumbir do ônus de provar o prejuízo e a lesão aos seus respectivos interesses.

Os princípios da convalidação e do interesse repousam justamente na distinção entre as nulidades absolutas e relativas, delineada mais a frente. O princípio da convalidação tem aplicação nos casos de nulidades consideradas passíveis de serem sanadas, as quais seriam as nulidades relativas. Ainda sob o magistério de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2009, p. 30), três elementos precisam ser considerados: que o ato tenha atingido sua finalidade, que não tenha havido prejuízo para as partes e que o contraditório tenha sido preservado, coerentemente ao exposto no art. 572 do CPP⁹.

O princípio do interesse, na mesma linha de raciocínio, tem supedâneo no art. 565 do CPP, que consigna que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse” (BRASIL, 1941). Parte, pois, da existência de interesses específicos às partes no processo penal. O objetivo precípuo é desestimular que se produzam máculas ao processo e que, posteriormente, estas sejam alegadas pela própria parte que as gerou, com vistas à obtenção de alguma vantagem. É o que asseveram, novamente, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 28), quando afirmam que “[...] a decretação de invalidade deve estar sujeita a uma apreciação sobre as vantagens para aquele que invoca a nulidade”.

Por fim, pelo menos na apresentação dos princípios aplicáveis em matéria de nulidades, coloca-se o princípio da causalidade, que pressupõe a compreensão acerca da relação entre os atos processuais no desenvolvimento do processo e o nível de dependência entre eles, se somente lógico ou também axiológico. O art. 573, §1º aduz que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (BRASIL, 1941). Daí a relevância no que diz respeito a qual concepção assumida acerca da própria natureza jurídica do processo penal (de forma mais recorrente, se o processo consiste em uma relação jurídica ou se a visão mais adequada é a de situação jurídica). Na constatação de Gloeckner, “[...] a nulidade poderá atingir não apenas

um ato, mas se estender a ponto de inquinar atos subsequentes, numa espécie de continuidade da nulidade originária” (GLOECKNER, 2015, p. 324 e 325).

3.2 A (In)subsistência da distinção das nulidades em absolutas e relativas

Para uma compreensão aprofundada e crítica de tais princípios com norte na instrumentalidade constitucional, deve-se partir justamente dos critérios utilizados para diferenciação das nulidades absolutas e relativas¹⁰. Isso porque é possível afirmar que os princípios da matéria mencionados ou são fundamentados em tal categorização ou encontram estreita correlação com a mesma.

Consigne-se que as nulidades absolutas seriam aquelas nas quais seriam consequência da violação de preceito constitucional consistente em garantia processual penal. Para o professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 906-907), referem-se não só ao interesse delimitado da acusação ou defesa, mas sim ao exercício da função jurisdicional e ao devido processo penal como um todo. Por consectário, seriam passíveis de alegação de ofício pelo magistrado, não sendo sujeitas à preclusão, dada a lesão a interesse considerado público, sendo o prejuízo considerado presumido para a maioria da doutrina.

Ao contrário, as nulidades relativas dependeriam de provocação da parte interessada, devendo ser provadas por esta, posto que resultantes de violação de interesse considerado de índole privada. Ainda na esteira das considerações de Pacelli, “O predicado relativa que acompanha a expressão nulidade significa exatamente isso: a nulidade encontra-se em relação ao interesse da parte, em determinado e específico processo” (PACELLI, 2014, p. 905).

Fica claro que o prejuízo é critério essencial para que a distinção seja estabelecida. Para Rosmar Alencar, como a maioria da doutrina, “O cariz essencial do elemento afetado, com a cominação expressa de nulidade para o caso de ferimento às regras infraconstitucionais, é o parâmetro para atestar a desnecessidade de comprovação de prejuízo à espécie” (ALENCAR, 2016, p. 139), de modo que não seria necessária a demonstração do prejuízo para as nulidades absolutas.

Todavia, Daniel Zaclis adota postura divergente, contrário à existência de prejuízo presumido, ao colocar em xeque qual o tipo de presunção que se trata. Para isso, argumenta que o rol de nulidades do art. 564 não é taxativo, concluindo que “[...] deixar à mera casuística para decidir em que casos de nulidade absoluta há de se permitir uma prova em contrário do prejuízo daria margem a uma segurança jurídica intolerável” (ZACLIS, 2016, p. 119). Para Pacelli, não há que se falar em presunção, mas sim “verdadeira afirmação ou pressuposição de prejuízo” (PACELLI, 2014, p. 907).

Na jurisprudência dos tribunais¹¹ e em parte ainda considerável da doutrina, tal distinção de nulidades em absolutas e relativas é sólida e por vezes intocável, porém é possível sustentar que não encontra amparo expresso na

legislação processual penal vigente, fundamentando-se a divisão, como expõe Zaclis, em “construção doutrinária com base nas finalidades almeçadas pelas normas desrespeitadas em razão do vício” (ZACLIS, 2016, p. 84). Alencar (2016, p. 143), por colocar como critério distintivo entre as nulidades absolutas e relativas a cominação legal expressa, conforme supracitado, afirma que as nulidades presentes no art. 564 são absolutas, com exceção do inciso IV, deveras genérico, e que a possibilidade de convalidação de algumas dessas hipóteses não desnaturaria o caráter absoluto. No entanto, reconhece que “a classificação de nulidade em sentido largo (inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa e irregularidade) não está definida na legislação” (ALENCAR, 2016, p. 137). Inequivocamente a legislação não conceitua nem estatui parâmetros rígidos de sua real existência.

Porém o ponto fulcral a ser colocado, em prejuízo de tal separação é justamente em que condições se situa o interesse em matéria processual penal. Antes, é importante asseverar que a classificação das nulidades em absolutas e relativas é derivada do direito privado, mais precisamente nos direitos civil e processual civil, e trazida ao processo penal sob a influência da teoria geral do processo. Ou, como coloca Paschoal, “o tema das nulidades é próprio da teoria geral do direito, tendo sido construído primeiramente pelos civilistas e depois importado para o sistema processual” (PASCHOAL, 2014, p. 5).

Para isso é essencial pontuar os interesses existentes a serem tutelados no processo civil e penal. No processo civil as partes possuem amplas possibilidades de optarem pela heterocomposição no âmbito do Poder Judiciário ou pelo uso da arbitragem e inclusive, por expressa previsão do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), adequarem o procedimento às peculiaridades do caso em concreto, no tocante a ônus, faculdades e deveres processuais (art. 190 do CPC/2015), podendo o juiz inclusive balancear o ônus da prova quando excessivamente gravoso a uma das partes, conforme art. 373, §1º do CPC. Em contrapartida, no processo penal, ao lidar com a liberdade, a carga de estigmatização e de invasividade existente, fortalecida pelas diversas formas de controle social, o faz ser caracterizado por uma *violência intrínseca*, que inegavelmente precisa ser controlada. Fica, portanto, cristalino o interesse público existente em qualquer processo penal, face à possibilidade de aplicação de sanções criminais. Segundo Zaclis, “o processo, sobretudo o penal, regula-se por normas cogentes, não cabendo às partes dispor ou optar por sua aplicação em tal ou qual caso” (ZACLIS, 2016, p. 87).

Outra importante consideração é feita por Pacelli quanto à própria adequação da ideia de parte ao processo penal, mormente no que tange ao Ministério Público. Para este é aplicável somente a noção de parte em sentido formal, pois tem o papel de assegurar a correta aplicação da lei penal e a observância dos princípios constitucionais. Como desdobramento, nada impediria, portanto, que seja reconhecida ao *parquet* “[...] a legitimidade para arguir a nulidade de ato cujo proveito seja unicamente da defesa [...]”, pois a sua importância de maneira alguma pode ser resumida na mera satisfação de uma pretensão punitiva (PACELLI, 2014, p. 912).

Nesse sentido, o questionamento natural a ser feito é o de como sustentar, no processo penal, a distinção entre nulidades absolutas e relativas na gravidade do interesse lesionado (público ou particular), se o processo penal está essencialmente permeado por um interesse público e se a legislação não acolhe tal distinção com a clareza necessária, colocando-se ainda como ponto adicional a inadequação da ideia de parte no processo penal nos mesmos moldes do processo civil. Os princípios do interesse e da convalidação, centrados justamente na ideia de partes e de interesses privados, teriam seus respectivos sentidos substancialmente afetados (e esvaziados) no caso de se defender uma nova teoria das nulidades ou mesmo mudanças legislativas de maior rigor.

No caso do prejuízo, além dos pontos anteriores ainda pesa a questão da indeterminação conceitual, isto é, o fato de se tratar de conceito de difícil determinação, que favorece a discricionariedade. Não raro, o que ocorre é um paradoxo: a despeito de se aplicar o que a lei diz, principalmente o disposto no art. 563 do CPP, permitem-se flexibilizações processuais desmedidas das formas, também previstas na lei. Tal circunstância favorece o atual cenário de insegurança jurídica no tema das nulidades. Nesse sentido, Alencar expõe seu posicionamento, ao tratar de tal insegurança nos tribunais superiores (STF e STJ), apresentando outro paradoxo com precisão:

Essa situação jurisprudencial dá azo a um certo paradoxo. Primeiramente, ambos os tribunais fazem uso da distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa. Seguidamente, os mesmos órgãos desconsideram as diferenças de gravidade dos vícios para incluir, na vala comum das nulidades relativas, as nulidades absolutas [...] Ao cabo, cai-se no espaço da discricionariedade judicial extremada, peculiaridade que se pretende combater com um estabelecimento de um padrão para reconhecimento, classificação e sanção das atipicidades (ALENCAR, 2016, p. 465).

Todavia, não há como negar que cabível uma presunção na qual a violação das formas em regra é capaz de gerar um prejuízo, não se negando aqui que este é capaz de existir nas mais diversas situações; situação diversa é a adoção de uma presunção de regularidade dos atos processuais como impeditiva da declaração de nulidade dos atos processuais, orientada pela relativização de nulidades ditas absolutas a qualquer custo.

Notório desdobramento de tal distinção é justamente a questão da convalidação e das formas de preclusão, mormente a temporal. No entanto, pode ser inserido o seguinte (e muito pertinente) questionamento feito por Gloeckner: “Como explicar que um ato realizado defeituosamente possa gerar os mesmos (efeitos) daquele praticado em perfeita consonância com os pressupostos normativos?” (GLOECKNER, 2015, p. 564). Em sintonia com tal inquietação, Aury Lopes Júnior (2016) propõe que a distinção deve ocorrer não em nulidades absolutas e relativas, mas a classificação dos defeitos em sanáveis e insanáveis. Isso porque o saneamento, para o autor, só deve ocorrer pela repetição do ato (e não pela preclusão), ocorrendo efetivamente nulidade somente se se tratasse de

defeito que não pudesse ser assim sanado.

Assim, defende-se sobremaneira maior discussão sobre o cabimento de tal distinção, ou que esta esteja mais clara na legislação, com fundamentos compatíveis com o processo penal constitucional. Nesse sentido, a possível solução para o referido problema passa não só por uma discussão aprofundada da matéria no âmbito dos tribunais, mas também por mudanças legislativas que considerem as particularidades do processo penal. A distinção entre nulidades absolutas e relativas, para subsistir, necessita estar melhor delimitada, ou mesmo ser revista por completo, com supedâneo no sistema de processo penal acusatório e de forma a se harmonizar com as concepções de natureza jurídica tanto do processo penal como das nulidades processuais penais adotadas.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho, ao expor, dentro dos limites possíveis, a evolução da noção de força normativa da constituição, para melhor compreensão do que se denomina de instrumentalidade do processo penal, espera ter atingido o escopo de lançar luzes sobre tal discussão por demais relevante, qual seja, a importância das formas no processo penal e os parâmetros sobre os quais deve repousar a análise sobre o cabimento ou não da distinção das nulidades absolutas e relativas e a consequente decretação de uma ou outra.

O debate deve persistir na doutrina e também nos tribunais, levando-se em conta que as formas processuais guardam estreita relação com os direitos e garantias fundamentais trazidos na carta magna e, por consequência, com o elemento axiológico fundamental do texto constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Um processo penal efetivamente democrático não se concretiza da noite para o dia, mas com o constante trabalho e empenho de todos os atores relacionados ao processamento criminal, e, em maior grau, com o constante amadurecimento da sociedade.

THE DISTINCTION OF THE NULLITIES IN THE ABSOLUTE AND RELATIVE UNDER THE GAZE OF THE CONSTITUTIONAL INSTRUMENTALITY OF CRIMINAL PROCEEDINGS.

Abstract: The present work aims to make comments about the traditional distinction of nullities in both relative and absolute in the field of criminal proceedings, adopting as theoretical support the idea of constitutional instrumentality of criminal proceedings. In order to do this, it is necessary to expose the main effects of the constitutionalism so that this concept of instrumentality to develop and how it adjusts to the model of criminal procedure provided in the Constitution of the Republic. In consequence, notes are exposed about the systems and the legal nature

of the criminal procedure and the legal nature of the nullities, seen as essential points to understand the current foundations of the separation of the nullities in the absolute and relative and any necessary changes. It is concluded that the separation, in current form, should be redefined and modified by the legislature but also by the executors of the law, through democratic discussions.

Keywords: Constitucional Criminal Proceedings. Absolute Nullities. Relative Nullities. Judiciary.

Notas

¹A título exemplificativo coloca-se que, segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 73 e seguintes), a dignidade da pessoa humana identifica três elementos relevantes, quais sejam, o valor intrínseco de todos os seres humanos enquanto elemento *ontológico*, assim como a autonomia (pública e privada) dos indivíduos como elemento *ético*, além da existência de legítimas restrições a ela impostas, em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário enquanto elemento *social*).

²Nesse contexto, o principal documento normativo é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1949, que, nas palavras de Bobbio, “[...] contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais”. (BOBBIO, 2004, p. 19).

³No intuito de condensar a visão de Foucault, consigne-se: “Todos conhecem as grandes transformações, os reajustes institucionais que implicaram a mudança de regime político, a maneira pela qual as delegações de poder no ápice do sistema estatal foram modificadas. Mas quando penso na mecânica do poder, penso em sua forma capilar de existir, no ponto em que o poder encontra o nível dos indivíduos, atinge seus corpos, vem se inserir em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua vida cotidiana” (FOUCAULT, 2015, p. 215).

⁴Ferrajoli coloca nos seguintes termos: “Enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, embora nela não esteja pressuposta” (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

⁵Para a definição da expressão “sistema”, importante contributo é a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, abordada no Brasil por, dentre outros autores, Marcelo Neves. De maneira simplificada, a referida teoria tem o propósito de aduzir as condições de possibilidade de interação e abertura entre sistemas e de como, sob o ponto de vista interno, os sistemas produzem seus elementos de autorreprodução

e justificação. No caso do direito, o binômio lícito-ilícito propicia, segundo Neves (2011, p. 136) a abertura cognitiva para outras influências do ambiente, filtradas no interior do sistema. Tal teoria é utilizada por autores como Geraldo Prado e Rosmar Rodrigues Alencar na seara processual penal, mais precisamente na teoria das nulidades. Este último fala, inclusive, em microsistema das nulidades processuais penais, o qual deve “[...] se circunscrever à postura normativa e aos fins do processo penal” (ALENCAR, 2016, p. 261).

⁶Em sentido contrário, o professor Jorge Coutinho Paschoal defende que inexistem diferenças significativas entre as soluções apregoadas pelo que denomina de “doutrina constitucional” e aquelas propostas pela “doutrina legalista”, sustentando que “[...] o Código de Processo Penal, sobretudo hoje, não é um código que possa ser reputado inconstitucional” (PASCHOAL, 2014, p. 13).

⁷Nessa ordem concatenada de ideias, o sistema acusatório sacrifica a tentativa de esgotar-se o material probatório a ser recolhido, tornando mais rígido o controle jurisdicional sobre os atos processuais” (GLOECKNER, 2015, p. 150).

⁸Discorrendo sobre a referida teoria, Aury Lopes Júnior coloca: “Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de um ato, uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável têm uma possibilidade ou chance processual. O produzir uma prova, refutar uma alegação, juntar um documento no devido momento são típicos casos de aproveitamento de chances” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 200).

⁹CPP, art. 572: “As nulidades previstas no art.564, III, de 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” (BRASIL, 1941).

¹⁰São também respostas possíveis a adoção, além das categorias de nulidades relativas e absolutas, as de “meras irregularidades” e a da “inexistência”. No entanto, no tocante à primeira, considera-se que a atipicidade é tão insignificante que não é idônea a causar qualquer prejuízo, não se podendo dela extrair consequências relevantes ao processo; no que tange à segunda, adotando-se o magistério de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, é “[...] problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES 2009, p. 18).

¹¹Exemplificativamente, cite-se entendimento do STJ de que a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas do art. 212 do CPP é situação capaz de gerar nulidade devendo a parte demonstrar o prejuízo a tempo (Por todos os outros: STJ, 6ª turma, HC 212.618-RS. Rel. Orig. Min. Og Fernandes, Rel. p/acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24 abr 2012). O TJMA adota o mesmo entendimento, na linha da corte superior, colocando que “A inobservância da ordem de inquirição de testemunhas no processo penal não constitui vício que

acarrete automaticamente a nulidade de ato processual ou ação penal, sem que antes se tenha demonstrado a ocorrência de efetivo prejuízo à parte supostamente prejudicada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal” (TJMA, Ap no(a) HC 023890/2014, Rel. Desembargador(a) VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO. Rel. para o acórdão Desembargador(a) TYRONE JOSÉ SILVA; SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 02/02/2017, DJe 17/03/2017).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. 652p.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013. 132p.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 97p.

_____. *O Futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Alterações adotadas pelas EC n° 1/92 a 67/2010, Decreto n° 186/2008 e ECR n° 1 a 6/94. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

_____. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. Lei n° 13.105, de 16 de Março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 212618/RS*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=212618&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766p.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. 431p.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. 406p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Coleção Ciências Criminais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 813p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 15p.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 288p.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. *Apelação em Habeas Corpus 023890/2014*. Disponível em: < http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNotyTEOgzAMQNG7cAE7Jm5aOjJwge7IMaFFihJEkorjl6HSX55-GQzy0JFK4KDorqyg71fneHms1ltWNfcS3i0teTqkgeZUWqwy783HTQVK1Ne2ZZDgaxr_97hYzzp-5BtcMll6YkJz654_PhUIDA,,>. Acesso em: 9 jun. 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 263p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1067p.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *As nulidades no processo penal e o prejuízo*. Revista Fórum Ciências Criminais. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 114p.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 1840p.

ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. 200p.