

## **NULIDADE POR OMISSÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL \***

**Gilberto Niederauer Corrêa**

Procurador da Justiça

Prof. Proc. Penal \*\*

Coube-me discorrer sobre tema circunscrito ao inc. IV do art. 564 do Código de Processo Penal comum, qual seja, **NULIDADE POR OMISSÃO DE FORMALIDADE QUE CONSTITUA ELEMENTO ESSENCIAL DO ATO.**

O assunto é importante pela singularidade de o inc. IV do art. 500 do Código de Processo Penal militar (Decreto-lei n. 1.002, de 21.10.1969), bem como o inc. II do art. 215 do Projeto 633/75, do novo Código de Processo Penal, disporem sobre a questão com a mesma redação.

Assim, conquanto regra aparentemente desvaliosa, constitui, em realidade, fulcro da temática das nulidades, pois bem mais comum do que a ausência de determinados atos processuais essenciais, é a presença destes com deficiências substanciais.

O tema sugere, desde logo, portanto, a necessidade de conceituar o que se há de entender por nulidade bem como a análise de saber se, nessa sede, é viável a possibilidade de inexistência do ato, do ponto de vista meramente jurídico.

Como se sabe os atos processuais podem classificar-se, a partir de sua aptidão ou inaptidão, idoneidade ou inidoneidade, eficácia

---

\* Primeira parte da palestra proferida no Curso de Especialização em Ciências Penais, da Universidade Federal do RGS, no dia 16 de outubro de 1976.

\*\* Professor de Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do RGS e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), de São Leopoldo, RS.

ou ineficácia, em atos perfeitos e eficazes e em atos viciados. Se estabelecermos uma classificação das imperfeições que podem atingir os atos processuais, podemos considerá-los atingidos por vícios de mínima relevância, o que enseja atos processuais irregulares, ou por vícios de máxima relevância, ensejando atos inexistentes. Se tais são os extremos, bem podemos pressentir a existência de graus intermediários que se constituem de atos com irregularidades cominadas expressamente ou implicitamente pelo sistema, ensejando a ocorrência de nulidades relativas ou absolutas, de acordo com a maior ou menor relevância do vício em relação à sua repercussão no próprio ato ou na relação processual.

Neste ponto parece que o dispositivo em exame adotou o sistema do nexu, vale dizer, da descoberta da formalidade como essencial somente quando haja ocasionado prejuízo (art. 563 do CPP, art. 499 do CPP militar § único do art. 224 do Projeto 633/75), ou porque tenha influído na decisão da causa, ou na apuração da “verdade substancial” (art. 566 do CPP, art. 502 do CPP militar) e condicionada à declaração de eventual nulidade não só à arguição tempestiva (art. 572, I do CPP e art. 505 do CPP militar) mas também à não consecussão dos fins a que se destinava (art. 572, II do CPP e art. 216 do Projeto n. 633/75) e à não aceitação — ainda que tácita — de seus efeitos (art. 572, III do CPP), sendo ineficaz a arguição pela parte que tenha concorrido ou dado causa à existência do vício, ou a quem não interesse a sanidade da formalidade (art. 565 do CPP, art. 501 do CPP militar e art. 220 do Projeto 633/75).

Assim, dos termos da Lei, parece certa a conclusão de que as hipóteses que se possam subsumir no inc. IV do art. 564 do CPP, mesmo inciso do art. 500 do CPP militar e inc. II do art. 215 do Projeto 633/75 são, sempre, de nulidade relativa, no Processo Penal comum, (caput do art. 572 do CPP) conclusão não amparada pelo art. 505 do CPP militar.

Se a esta conclusão poder-se-ia chegar com facilidade, já não se mostra assim a “descoberta” do que se possa entender por formalidade essencial.

A pesquisa desse conceito — formalidade essencial de ato processual — obriga não só uma incursão na teoria dos atos processuais mas também, fundamentalmente, na análise dos princípios informadores do Processo Penal.

No que diz com os atos processuais, estão eles submetidos a uma disciplina genérica e uma disciplina específica.

São genéricas as determinações formais em sentido estrito e pertinentes à língua (CPP: arts. 223 e 236; CPP militar: art. 298; e arts. 124 e 125 do Projeto 633/75) e ao lugar (art. 792 do CPP, art. 388, do CPP militar e art. 140 do Projeto 633/75) de sua rea-

lização, além das determinações referentes aos prazos dos atos processuais.

Específicas, aquelas determinações que têm pertinência com atos processuais determinados.

Quanto aos princípios que informam o direito processual penal, em que se confrontam as seguranças social e individual, avulta de importância o **princípio político** — o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade — sendo também de alta relevância o **princípio jurídico** — igualdade no processo e justiça na decisão — e o **princípio lógico** — seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e evitar o erro.

Referirei, a vôo de pássaro, tão só aqueles princípios que me parecem tenham aptidão para gerar consequências ao nível do inc. IV do art. 564 do CPP e similares no CPP militar e Projeto n. 633/75.

A história do processo penal — já o disse BETTIOL — é a história de uma luta orientada para a conquista de um juiz imparcial, que atua a nível distinto e superior ao das partes (Instituições de direito e processo penal, p. 277).

A idéia do Estado de Direito, como garantia da liberdade do cidadão e de limitações de intervenção estatal, no pressuposto de que o Estado deve reconhecer e respeitar os direitos invioláveis da personalidade, encaminham a idéia de processo como relação jurídica.

BETTIOL considera a idéia da relação jurídica necessária e valiosa; valiosa porque denuncia o fundo político-democrático-liberal da sua gênese, em antagonismo com qualquer idéia que vise transformar o processo penal numa simples intervenção estatal para fins de “desinfecção social”; necessária porque permite articular o processo numa série ordenada de elementares relações entre vários sujeitos, ligando posições de direito subjetivo a posições de dever jurídico, de modo a atingir-se o ato final — sentença — num verdadeiro clima de legalidade. (Ob. cit., p.273-4).

Ora, se assim é, ter-se-á realizado com infração à formalidade essencial qualquer ato jurídico processual que, tendo influído na apuração da verdade ou na decisão da causa, tenha também ferido os princípios do devido processo legal, vale dizer, o princípio acusatório, o contraditório e a plenitude do direito de defesa.

Postas estas premissas, podemos enfrentar o tema com mais desenvoltura.

A noção de nulidade tem uma conotação causal quando se refere a vício ou defeito da atividade cumprida e uma conotação efe-

tual, conseqüencial, quando se refere ao meio prático para a invalidação do ato ineficaz.

Isto evidencia sua conceituação não como mero vício ou defeito (BORGES DA ROSA), ou tão só como sanção (MANZINI, GARRAUD), mas sim como vício mais sanção (NORONHA, FLORIAN).

O vício é caracterizado pela irregularidade ou imperfeição do ato; a sanção por sua ineficácia para produzir efeitos.

Na identificação do vício ou defeito, vários sistemas têm sido alinhados, preponderando o formalismo e o legalismo.

O "formalismo", segundo o qual é nulo tudo o que é feito contra a lei ou não rigorosamente com o ritual previsto. O formalismo romano, germânico e medieval são exemplos.

Nesse esquema, irregularidade é sinônimo de invalidação, portanto ato inadmissível.

No sistema legalista o ato irregular pode ser admissível e eficaz porque irregularidade não se confunde com invalidade. Se é certo que a deficiência dos requisitos do ato processual é condição necessária à sua invalidação, a sua admissão e eficácia não coincidem com a regularidade formal.

Aqui a gênese da distinção entre formalidades substanciais, essenciais, e não substanciais, acidentais ou secundárias.

As primeiras — essenciais — consistem em requisitos de observância necessária e, geralmente, se vinculam com o exercício dos poderes substanciais de jurisdição, ação e defesa.

As secundárias estão previstas como garantia de melhor justiça e equilíbrio de atuação, de observância raramente imperativa.

Só quando frente a exigências substanciais ou essenciais em relação à defesa dos interesses tutelados pelo processo e aos fins específicos e genéricos de cada ato é que podem funcionar as sanções processuais.

O problema se vincula, assim, às exigências formais dos atos processuais e, fundamentalmente, à substancialidade da formalidade.

A hierarquização das exigências formais permite distingui-los em 3 categorias:

- 1 — estritamente formais (forma vinculada), em que a forma é imposta rigorosa e inevitavelmente;
- 2 — meramente formais, em que a forma é regulada de maneira não imperativa;
- 3 — liberdade de forma, em que inexiste qualquer previsão de forma (ato livre só referido pelo nome), ou em que há mera indicação de algumas formalidades (ato autorizado).

Se estas são as categorias dos atos processuais, no que diz com a forma, há que estabelecer-se como e por quem são nelas enquadrados.

Há 3 critérios: legal, judicial e eclético.

Se o critério é o legal, a lei é que estabelece a hierarquia das formas, ou, desde logo, enumera as nulidades.

Se o critério é o judicial, ao juiz é que compete, caso a caso, estabelecer a hierarquia das formalidades; identifica-se com o sistema alemão (RIQUELME, CASTRO), também chamado de "equidade" (A. FRANCO).

Claro que os princípios norteadores não de emergir expressa ou implicitamente da lei.

Se o critério é o eclético, a lei estabelece alguns atos com forma vinculada, obrigatória, relegando os demais à apreciação judicial.

Penso que seja o sistema da nossa lei.

O Código de Processo Penal no art. 564, incs. I, II e algumas hipóteses do n. III, estabelece invalidades ditas absolutas; no art. 564, III (algumas hipóteses) e IV formas (em sentido amplo) não imperativas mas que, eventualmente, podem tornar ineficaz o ato. Estabelece forma livre para os atos que não refere mas que, nem por isso, estarão isentos de eventual e remotamente se tornarem ineficazes, ou por deficiência estrutural do ato, ou por vício na atividade.

Ao tolerar atos de forma livre, autorizada ou determinada de maneira não imperativa enseja, inobstante, a declaração de sua ineficácia, indicando os princípios norteadores da matéria.

Tais princípios norteadores dizem com o impedimento de declaração da ineficácia ou com o impedimento do conhecimento de arguição do vício.

Assim, são causas impeditivas de declaração de nulidade: a ausência de prejuízo para a acusação ou a defesa (art. 563 do CPP); a influência, quer na apuração da verdade, quer na decisão da causa (art. 566 do CPP); bem como a consecução do fim visado (art. 572, II do CPP).

São causas impeditivas de arguição e, se argüidas impedem o seu conhecimento: tratar-se de desatendimento de formalidade que só interessa à parte contrária ou, interessando ao reclamante, ter ele dado causa ao vício ou, ao menos, ter concorrido para ele (art. 565 do CPP). Além destas causas de inadmissibilidade de arguição há de anotar-se a aceitação dos efeitos do ato (art. 572, III do

CPP) ainda que tacitamente, o que, com o decurso do tempo pode traduzir-se em decadência ou preclusão com a consequente convalidação dos atos defeituosos (art. 572, I, do CPP).

Afastados tais impedimentos, ao juízo cabe examinar a deficiência estrutural do ato processual (vício do ato), que será identificado sempre que demonstrado prejuízo que afete os princípios fundamentais do processo, já referidos, ou, quando a lei estabelecer, por pré-avaliação do prejuízo, sua perfectibilidade vinculada a determinados elementos estruturais, vinculação esta que pode ser implícita. (Ex.: formalidades que hão de compor o ato processual complexo da prisão em flagrante — Const. Fed. art. 153, § 12 e arts. 302/305 do CPP).

O ato é estruturalmente deficiente quando sua conformação não coincide com os elementos externos previstos na lei para sua regularidade formal e com as circunstâncias de modo exigidas (Ex. sentença sem motivação, imputação incompleta ou insuficiente, queixa oral, etc.).

Ao juízo cabe averiguar, também, vício na atividade que se caracteriza por uma atuação sem possibilidade legal decorrente da não aquisição ou da perda da faculdade de agir.

A preexistência de uma situação processual determinada é pressuposto genérico da atividade válida a ser cumprida pelos sujeitos processuais. A prática de atos por quem carece de poder para atuar são ineficazes. Aqui, talvez, coubesse o conceito de ato inexistente, o que tem sido negado no processo penal por inúmeros autores, ou porque sempre carecem de declaração de ineficácia, “pois ao serem introduzidos no processo, qualquer que seja a intensidade de sua irregularidade, só sancionando-as podem ser eliminados, pois até então produzem efeitos” (OLMEDO, Direito processual penal, v. 4, p. 187, n. 982), ou porque inexistência tem de ser entendida como “não existência” e, assim, há patente contradição entre “ato — não ato”. Isto porque se se pretender significar inexistência não física, mas jurídica, esta última forma não pode identificar senão inidoneidade do fato físico existente para determinar efeitos jurídicos e, portanto, a inexistência se resolve em nulidade (CARNE-LUTTI, Principios de processo penal, v. 2, p. 82, n. 43).

Há de considerar-se, contudo, a existência real de atos só aparentemente existentes do ponto de vista jurídico, como, por exemplo, a prática de atos por juiz sem jurisdição, o oferecimento de denúncia, em sentido técnico, por particular.

São atos que, embora tenham aparência de atos jurídicos, não existem do ponto de vista processual.

A grande implicação desta categoria é que, o que não existe não pode transitar em julgado, o que não ocorre com o ato existente mas nulo.

Tenho para mim que as hipóteses do art. 564, III, letras a, b, c, d, última parte, f, i, j, k, l, m, n, e o são de inexistência física, mesmo. A existência física desses atos, com deficiência substancial que, ontologicamente, ensejaria o conceito de inexistência jurídica, é mera nulidade, com fulcro no inc. IV do art. 564, que estamos examinando, passíveis de serem supridas em algumas hipóteses, como se vê dos arts. 569, 570 e 572 do CPP.