

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

NULLIDADES
NO
PROCESSO
PENAL

3ª edição

2017

saraiva  jur

ISBN 978-85-472-1467-8

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057




Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC | 0800-0117875
 De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Gloeckner, Ricardo Jacobsen

Nulidades no processo penal / Ricardo Jacobsen
Gloeckner. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

1. Direito penal - Brasil. 2. Processo penal - Brasil 3. Nulidade (Direito) - Brasil I. Título.

16-1372

CDU 343.1(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo penal : Nulidade : Brasil 343.1(81)

Presidente Eduardo Mufarej**Vice-presidente** Claudio Lensing**Diretora editorial** Flávia Alves Bravin**Conselho editorial****Presidente** Carlos Ragazzo**Consultor acadêmico** Murilo Angeli Dias dos Santos**Gerência****Planejamento e novos projetos** Renata Pascual Müller**Concursos** Roberto Navarro**Legislação e doutrina** Thais de Camargo Rodrigues**Edição** Eveline Gonçalves Denardi
Veronica Pivisan Reis**Produção editorial** Ana Cristina Garcia (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa

Clarissa Boraschi Maria (coord.)

Guilherme H. M. Salvador

Kelli Priscila Pinto

Marília Cordeiro

Mônica Landi

Tatiana dos Santos Romão

Tiago Dela Rosa

Diagramação Edson Colobone**Revisão** PBA Preparação e Revisão de Textos**Comunicação e MKT** Elaine Cristina da Silva**Capa** Tiago Dela Rosa**Produção gráfica** Marli Rampim**Impressão e acabamento** Bartira**Data de fechamento da edição: 29-5-2017**Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 602513 CAE 603477

1103002

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
APRESENTAÇÃO	9
PREFÁCIO	15
INTRODUÇÃO	21
CAPÍTULO I – SISTEMAS PROCESSUAIS E A FORMA PROCESSUAL PENAL.	29
1.1 A relação entre o sistema acusatório e a forma processual: ou da norma à forma	29
1.2 Sistemas processuais e amorfismo: uma questão de estilo?	39
1.3 Os sistemas processuais penais: categorias que devem ser abandonadas?	60
1.4 Processo penal pós-acusatório? Breve incursão sobre a ideologia “neutra” da dogmática tradicional	69
1.5 A ideologia autoritária no processo penal brasileiro: breve mapeamento... ..	76
1.6 Amorfismo processual penal brasileiro.....	82
CAPÍTULO II – ANÁLISE TEÓRICO-CONCEITUAL DAS NULIDADES	99
2.1 A transposição civilista de conceitos gerais da teoria das nulidades ao campo do processo penal	99
2.2 Perspectivas teóricas sobre as nulidades processuais penais.....	107
2.2.1 Nulidade como vício do negócio jurídico processual penal.....	111
2.2.2 A nulidade como sanção processual	116
2.2.3 A nulidade como ato jurídico inválido	124
2.2.4 A doutrina do tipo processual e constitucional.....	135
2.3 Anulabilidade e inexistência dos atos processuais: duas categorias frustradas	140
2.4 Nulidade relativa.....	148
2.5 Nulidade absoluta	156
2.6 O ato irregular.....	161
2.7 Nulidade e ilicitude dos atos processuais defeituosos	163
CAPÍTULO III – A TEORIA DA FORMA PROCESSUAL PENAL: TRADIÇÃO CIVILISTA, FUNCIONALIDADE INQUISITÓRIA	175
3.1 É possível falar contemporaneamente em uma teoria geral das nulidades dos atos processuais?.....	175
3.2 Fragmentos históricos: pontos de apoio	184

3.3 Os princípios gerais da teoria das nulidades	188
3.3.1 Instrumentalidade das formas.....	189
3.3.2 <i>Pas de nullité sans grief</i> : o dano como elemento da decretação da nulidade.....	199
3.3.3 Taxatividade ou <i>pas de nullité sans texte</i>	220
3.3.4 Princípio da causalidade	229
3.3.5 O princípio da convalidação do ato processual penal defeituoso	238
3.3.6 Princípio do interesse.....	248
CAPÍTULO IV – VARIAÇÕES SEMÂNTICAS DO PREJUÍZO EFETIVO: UM GOLPE DE CENA ENTRE EFICIENTISMO E GARANTISMO CRIPTOIN-QUISITÓRIO	253
4.1 A título de introdução.....	253
4.2 Os pressupostos da teoria do prejuízo efetivo.....	265
4.3 As críticas ao princípio de taxatividade.....	267
4.4 O abuso de processo, “nulidade de algibeira” e boa-fé objetiva: novo transplante privatístico na construção <i>up-to-date</i> do amorfismo processual brasileiro.....	270
4.5 O prejuízo efetivo como critério substitutivo da inexistência: o uso expansivo para além da taxatividade	283
4.6 O que se pode entender por uma taxatividade temperada?.....	289
4.7 O prejuízo efetivo como uma categoria sincrética.....	297
4.8 A ofensividade no direito penal como parâmetro para o prejuízo efetivo...	304
CAPÍTULO V – PRESSUPOSTOS DE UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES: ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL A UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	315
5.1 Processo penal e legalidade processual: legitimação desde os direitos fundamentais do acusado: a forma e a proteção do equilíbrio processual .	315
5.2 Uma teoria integrada das nulidades e da ilicitude dos atos processuais irregulares	326
5.3 Princípios reitores da teoria das nulidades no âmbito processual penal: a natureza dúplice das normas relativas à forma	327
5.4 Nova teoria das nulidades: construção de um novo sistema principiológico à luz de uma concepção democrática de processo penal.....	337
5.4.1 O princípio da nulidade “absoluta” dos atos processuais penais: independência de arguição de prejuízo e a recusa à instrumentalidade das formas.....	339
5.4.2 Nulidade relativa e precluíbilidade de sua arguição: entre a flexibilização das formas e a rigidez garantística.....	344
5.4.3 Nulidade relativa e sanabilidade: imperfeição do ato processual e sua manutenção no processo penal	349

5.4.4 A necessidade de demonstração de prejuízo na nulidade relativa: inadequação metodológica ao processo penal	355
5.4.5 Nulidade relativa e comportamento processual da parte interessada: dependência da atuação jurisdicional de uma arguição das partes? ..	363
5.4.6 Relativização da forma e degeneração inquisitória: a instrumentalidade como acessoriedade da forma ao projeto substancialista	367
5.4.7 O princípio da estrita jurisdicionalidade no marco da teoria das invalidades: refutação à concepção instrumentalista-funcional-teleológica de processo penal	377
CAPÍTULO VI – PRINCÍPIOS ORGANIZADORES DE UM NOVO SISTEMA DE NULIDADES	385
6.1 Princípio da inutilização do ato processual nulo	385
6.2 Princípio da preclusão probatória: limites à produção da prova	392
6.3 Princípio da escusa absolutória (proibição da declaração de nulidade do ato processual nos casos de absolvição)	401
6.4 Princípio da prevalência das nulidades legais – taxatividade temperada...	413
6.5 Limitações à alegação de invalidade processual pelo Ministério Público ..	413
6.6 Princípio da extensibilidade jurisdicional: as nulidades na investigação preliminar	420
6.7 Nulidade como categoria única: abandono da inexistência dos atos processuais e das irregularidades	428
6.8 Orientação normativa das formas processuais: repensando o processo penal no marco de um modelo acusatório ou inquisitorial minimizado.....	431
CAPÍTULO VII – “GUERRA ÀS NULIDADES”: A ECONOMIA DAS FORMAS PROCESSUAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	441
7.1 Uma arqueologia do decisionismo: ou como a forma poderia ocupar o mesmo espaço independentemente da política estatal.....	442
7.2 O adágio jurídico <i>pas de nullité sans grief</i> e o sistema de particitação ...	467
7.3 As fórmulas mágicas do discurso do Supremo Tribunal Federal: ou de como é possível um discurso semanticamente anêmico fundar precedentes judiciais.....	469
7.3.1 A circularidade dos precedentes: reprodução metástica do pensamento autoritário.....	472
7.3.2 A nulidade (ainda) concebida como sanção: intervenção mínima (às avessas)?	475
7.3.3 O papel da doutrina na manutenção de uma estrutura infensa à forma: o pragmatismo finalístico e o contorcionismo conceitual demencial	477
7.3.4 “Não se decreta nulidade por presunção”	479

7.3.5 Prova impossível do prejuízo? Novamente o decisionismo.....	481
7.3.6 Verdade como condição da nulidade?	482
7.3.7 Do eufemismo das formas processuais à hipérbole do discurso punitivista	484
7.3.8 Xamanismo processual: ou o recurso às fórmulas processuais mágicas.....	485
7.3.9 Prejuízo efetivo? A subordinação da forma ao subjetivismo do jugador	487
7.3.10 Instrumentalidade do processo, instrumentalidade das formas: como é pensado o processo penal no Brasil?	490
7.3.11 Boa-fé objetiva e nulidade de algibeira: novamente as categorias do direito privado nas engrenagens do discurso inquisitório.....	491
CONCLUSÕES	495
REFERÊNCIAS.....	499