

**MAÍSA CARLA BORGES PEREIRA**

**DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NAS  
NULIDADES ABSOLUTAS NO PROCESSO PENAL:  
UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado do Centro  
Universitário de Brasília

Orientadora: Professora Eneida Orbage de  
Britto Taquary

**BRASÍLIA**

2009

Agradeço a Deus por ter me proporcionado paz de espírito para que este trabalho pudesse ser concretizado.

Agradeço, também, à querida professora Eneida Orbage de Britto Taquary que, com extrema competência e dedicação, orientou a elaboração do presente trabalho.

Especial agradecimento ao querido Júlio, pela ajuda na escolha do tema.

## RESUMO

A doutrina majoritária sustenta que o princípio do prejuízo somente incide nas nulidades relativas, porquanto nas nulidades absolutas o prejuízo seria presumido ou, ainda, evidente, situações em que se afasta a necessidade da demonstração do prejuízo advindo da prática de ato processual com inobservância a previsão legal, para o pronunciamento da nulidade pelo órgão jurisdicional. Nesse particular delinea-se a delimitação do tema proposto, tendo por base a análise da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que, seguida por uma doutrina minoritária, considera que o dogma fundamental da disciplina das nulidades, *pas de nullité sans grief*, abarca não só as nulidades relativas, mas, também, as nulidades absolutas, donde se faz necessária a demonstração do efetivo prejuízo para a declaração da nulidade.

Palavras-chave: princípio do prejuízo; nulidades; nulidades absolutas; *pas de nullité sans grief*; supremo tribunal federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 O SISTEMA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS .....</b>	<b>13</b>
1.1 Nulidades no processo penal: conceito.....	13
1.2 Nulidade absoluta e nulidade relativa: distinção .....	17
1.3 Princípios informativos .....	221
1.3.1 Princípio do prejuízo .....	221
1.3.2 Princípio da instrumentalidade das formas.....	24
1.3.3 Princípio da causalidade .....	25
1.3.4 Princípio do interesse.....	26
<b>2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>28</b>
2.1 Devido processo legal.....	28
2.1.1 Contraditório e ampla defesa.....	30
2.1.2 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos .....	33
2.1.3 Juiz natural.....	33
2.2 Razoável duração do processo.....	34
<b>3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....</b>	<b>37</b>
3.1 A supremacia da Constituição .....	37
3.2 A importância do Supremo Tribunal Federal na interpretação do direito.....	39
<b>4 O PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS ABSOLUTAS NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>43</b>
4.1 Análise dos acórdãos obtidos com a pesquisa de jurisprudência .....	43
4.1.1 <i>Habeas Corpus</i> nº 76.567-1/RJ .....	44
4.1.2 <i>Habeas Corpus</i> nº 81.510-3/PR.....	46
4.1.3 Tabulação do entendimento emanado pelo STF .....	48
4.1.3.1 Nulidade absoluta. Sem qualquer referência a prejuízo .....	48
4.1.3.2 Nulidade absoluta. Desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo ....	50
4.1.3.3 Nulidade absoluta. Prejuízo evidente .....	51
4.1.3.4 Nulidade absoluta. Necessidade de demonstração do prejuízo. Prejuízo não configurado .....	56
4.2 A jurisprudência do STF frente às nulidades processuais penais absolutas .....	62
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

O tema escolhido para apresentação do trabalho final de conclusão do curso de Direito encontra-se inserido no âmbito do Direito Processual Penal, com reflexos no Direito Constitucional, e restou assim definido: Da observância do princípio do prejuízo nas nulidades processuais penais absolutas: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-constituição de 1988.

A opção pelo assunto proposto decorreu do interesse em apreciar, com maior profundidade, entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, mitigando, no processo penal, a presunção de prejuízo nas nulidades absolutas, na medida em que, em determinados julgados, exigiu a demonstração do efetivo prejuízo para a declaração de uma nulidade absoluta, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*<sup>2</sup>, que rege o sistema das nulidades.

O tema possui relevância no campo jurídico, haja vista que a doutrina especializada e a jurisprudência majoritária há muito sustentam que no campo das nulidades

---

<sup>1</sup> Por meio de levantamento realizado nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, pós-constituição de 1988, que tratam da necessidade de demonstração de prejuízo em sede de nulidade absoluta, alcançou-se os seguintes julgados: 1ª Turma, HC nº 76.567-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 abr. 98, DJ 22.5.98, p. 283; 1ª Turma, HC nº 81.510-3/PR, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 11 dez. 01, DJ 12.4.02, p. 617; 1ª Turma, RHC nº 84.903-2/RN, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 16 nov. 04, DJ 04.2.05, p. 267; 2ª Turma, HC nº 85.155-0/SP, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 22 mar. 05, DJ 15.4.05, p. 568; 1ª Turma, HC nº 86.166-1/CE, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 17 nov. 05, DJ 17.2.06, p. 247; 1ª Turma, AgRg no AI nº 559.632-9/MG, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 06 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 4789; 1ª Turma, HC nº 89.200-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 15.9.06, p. 169; 1ª Turma, HC nº 92.235-0/PE, Relator: Menezes Direito, Brasília, DF, 06 nov. 07, DJe 14.2.08, p. 577; 1ª Turma, HC nº 92.819-6/RJ, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 jun. 08, DJe 14.8.08, p. 466; 2ª Turma, HC nº 92.568-5/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 18 nov. 08, DJe 04.12.08, p. 239; 1ª Turma, HC nº 95.847-8/MG, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 556; 1ª Turma, HC nº 97.062-1/PE, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 31 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 726; 2ª Turma, HC nº 82.899-0/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 142. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>2</sup> Não há nulidade sem prejuízo.

processuais absolutas a ideia do prejuízo lhe é ínsita, dispensando-se, pois, a presença do prejuízo no caso concreto.

Nesse ponto, cinge-se a pretensão da presente monografia de final de curso de graduação, uma vez que a problematização trazida compreende o abarcamento do dogma *pas de nullité sans grief* não só pelas nulidades relativas, mas, também, pelas nulidades absolutas, posição esta que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, pelo cotejo das normas que regem as nulidades, em face dos julgados do Supremo Tribunal Federal, busca-se a resposta à seguinte indagação, que ora se apresenta como a problematização do tema: as nulidades absolutas são compreendidas no âmbito normativo do preceito *pas de nullité sans grief*, e, por isso, exigem a demonstração do efetivo prejuízo para que sejam declaradas?

A fim de arraigar a proposta de estudo, vislumbrou-se como o método de pesquisa mais adequado o dogmático-instrumental, eis que permite uma análise do assunto na perspectiva da lei, da doutrina e da jurisprudência, fundamental para o alcance da interpretação emanada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para que seja possível responder ao questionamento apresentado, discorrer-se-á o tema em quatro capítulos, a fim de que se promova um amadurecimento jurídico e intelectual a respeito do assunto a ser abordado, por meio da análise dos preceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais, alcançando-se, ao final, uma conclusão acerca da problematização levantada.

Destarte, em razão de o assunto abranger primordialmente o instituto das nulidades, entendeu-se justificável que o primeiro capítulo abordasse o conceito de nulidade

no campo processual penal, apontando as diferenças, à luz da doutrina, entre as nulidades absolutas e as relativas, bem como trazendo os seus principais princípios informativos, a saber, o princípio do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da causalidade e do interesse.

Considerando que, no processo, a nulidade é absoluta quando a inobservância de forma prevista atinge o interesse público<sup>3</sup>, imperioso se fez alcançar, no segundo capítulo, os preceitos constitucionais do devido processo legal, que abrange, dentre outros, o contraditório, a ampla defesa, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e o juiz natural, bem como o da razoável duração do processo, porquanto aquele concretiza o interesse público no processo penal e este será tratado no estudo com o fito de apreciar se a declaração de uma nulidade absoluta, apenas com base na presunção do prejuízo, não acarretaria a violação a esse princípio consagrado no texto constitucional.

Discorrido o segundo capítulo, impende destacar que o projeto de monografia não previa o Capítulo 3 na forma em que ora se apresenta e, tampouco, um quarto capítulo. Todavia, no decorrer da elaboração do trabalho foi observada a necessidade de trazer a lume outras questões constitucionais, as quais não foram possíveis de serem tratadas no Capítulo 2, porquanto se vislumbrou que faltaria a lógica adequada para alcançar a conclusão do estudo, pois a concatenação das ideias estabelecida foi a de partir da legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal, para o texto constitucional, considerando que no ordenamento jurídico toda legislação infraconstitucional e supralegal deve ser interpretada em conformidade com a Constituição.

Assim, afigurou-se de extrema relevância consignar a supremacia constitucional dentro da ordem jurídica, bem como discorrer acerca da importância do

---

<sup>3</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 258.

Supremo Tribunal Federal na interpretação do direito, haja vista que o objeto da pesquisa compreende o estudo de acórdãos do Pretório Excelso, pelos quais, dando interpretação ao texto constitucional, emanam o entendimento de que a declaração de nulidade processual, ainda que absoluta, não prescinde da demonstração do prejuízo.

Por sua vez, o quarto e último capítulo compreenderá levantamento realizado na jurisprudência daquela Suprema Corte, após a promulgação da Constituição da República de 1988, que tratam de pleitos que abranjam eventuais alegações de nulidades absolutas, resultando na obtenção de 34 (trinta e quatro) julgados<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC nº 76.567-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 abr. 98, DJ 22.5.98, p. 283; 1ª Turma, HC nº 81.510-3/PR, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 11 dez. 01, DJ 12.4.02, p. 617; 1ª Turma, HC nº 83.301-2/RS, Relator originário: Marco Aurélio, Relator para o acórdão: Cezar Peluso, Brasília, DF 16 mar. 04, DJ 06.8.04, p. 371; 1ª Turma, RHC nº 84.903-2/RN, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 16 nov. 04, DJ 04.2.05, p. 267; 2ª Turma, HC nº 85.155-0/SP, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 22 mar. 05, DJ 15.4.05, p. 568; 1ª Turma, RHC nº 85.443-5/SP, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 19 abr. 05, DJ 13.5.05, p. 282; 1ª Turma, HC nº 86.166-1/CE, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 17 nov. 05, DJ 17.2.06, p. 247; 1ª Turma, AgRg no AI nº 559.632-9/MG, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 06 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 4789; 2ª Turma, RHC nº 86.680-8/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 13 dez. 05, DJ 28.4.06, p. 333; 1ª Turma, RHC nº 87.172-1/GO, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 15 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 1035; 1ª Turma, HC nº 87.917-9/GO, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 11 abr. 06, DJ 09.6.06, p. 242; 1ª Turma, HC nº 89.108-0/RS, Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 08 ago. 06, DJ 25.8.06, p. 610; 1ª Turma, HC nº 87.346-4/MS, Relator originário: Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 15 ago. 06, DJ 08.6.07, p. 349; 2ª Turma, HC nº 88.797-0/RJ, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 22 ago. 06, DJ 15.9.2006, p. 149; 1ª Turma, HC nº 89.190-0/MS, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 27.10.06, p. 558; 1ª Turma, HC nº 89.200-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 15.9.06, p. 169; 2ª Turma, RE nº 515.427-1/GO, Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 ago. 07, DJ 14.9.07, p. 971; 1ª Turma, HC nº 91.566-3/RJ, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 04 set. 07, DJ 28.9.07, p. 564; 1ª Turma, HC nº 92.418-2/RJ, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 30 out. 07, DJ 23.11.07, p. 684; 1ª Turma, HC nº 92.235-0/PE, Relator: Menezes Direito, Brasília, DF, 06 nov. 07, DJe 14.2.08, p. 577; 2ª Turma, HC nº 90.226/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 18 dez. 07, DJe 14.5.09, p. 221; 1ª Turma, HC nº 92.569-3/MS, Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 24.4.08, p. 1102; 2ª Turma, HC nº 92.680-1/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 24.4.08, p. 1148; 2ª Turma, HC nº 93.779-9/SC, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 17.4.08, p. 1007; 2ª Turma, HC nº 92.958-3/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 01 abr. 08, DJe 30.4.08, p. 587; 1ª Turma, HC nº 93.581-8/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 10 jun. 08, DJe 26.3.09, p. 216; 1ª Turma, HC nº 92.819-6/RJ, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 jun. 08, DJe 14.8.08, p. 466; 2ª Turma, HC nº 92.568-5/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 18 nov. 08, DJe 04.12.08, p. 239; 1ª Turma, HC nº 95.847-8/MG, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 556; 1ª Turma, HC nº 97.062-1/PE, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 31 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 726; 2ª Turma, RHC nº 95.775-7/RJ, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 14 abr. 09, DJe 07.5.09, p. 703; 2ª Turma, HC nº 82.899-0/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 142; 2ª Turma, HC nº 97.427-9/MG, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 570; 2ª Turma, HC nº 98.382-1/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 06.8.09, p. 930. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

Nesse particular cabe um destaque, pois, diante do considerável resultado alcançado com o argumento de pesquisa<sup>5</sup>, 34 (trinta e quatro) julgados, entendeu-se não ser viável detalhar cada caso como inicialmente pretendido, sob pena de, inclusive, ultrapassar o número máximo de páginas permitido para a monografia, bem como tornar o trabalho exaustivo para o seu leitor, assim, vislumbrou-se como a melhor forma de abordar e delinear o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da delimitação do tema do trabalho, a tabulação dos acórdãos alcançados com a pesquisa de jurisprudência, cujo objeto foi a exigência ou não da demonstração do efetivo prejuízo para a declaração de nulidade absoluta no âmbito do processo penal.

Assim, proceder-se-á à análise dos mesmos, detalhando-se os dois primeiros precedentes obtidos, apenas no tocante a arguição da ocorrência de inobservância de forma de ato processual passível de declaração de nulidade absoluta com a percepção de exigência ou não da demonstração do efetivo prejuízo, trazendo, no que couber, os aspectos jurídicos que delineiam a pretensão da parte, bem como em que se fundou a decisão tomada pelos Ministros daquela Corte de Justiça.

Além disso, far-se-á o cotejo do princípio do prejuízo frente às nulidades absolutas, abarcando os demais preceitos necessários ao alcance da fundamentação apresentada pelo Supremo Tribunal Federal para se posicionar pela necessidade de demonstração do prejuízo, ainda que em sede de nulidades absolutas.

Por fim, ainda no último capítulo, será apresentada uma breve conclusão acerca da investigação dos julgados do Supremo Tribunal Federal, visando sintetizar se o

---

<sup>5</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br>. Penal e nulidade e absoluta e prejuízo. Período 05.10.98 a 10. 6.09. Acesso em: 10 jun. 09.

entendimento sobre a necessidade de demonstração do prejuízo nas nulidades processuais absolutas é uníssono, majoritário ou minoritário no âmbito daquela Corte Constitucional.

Assim, vislumbra-se com o presente estudo, confirmar ou refutar o questionamento proposto, no sentido de se aferir que as nulidades absolutas também exigem a demonstração do efetivo prejuízo para que sejam declaradas, porquanto também estão compreendidas no âmbito normativo do preceito *pas de nullité sans grief*.

# **1 O SISTEMA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS**

Os atos processuais sujeitam-se a requisitos de forma estabelecidos em lei e, uma vez praticados em desconformidade com o legalmente previsto, pode acarretar a privação de seus efeitos, por meio da declaração do juiz de que o ato é eivado de nulidade.<sup>6</sup>

Todavia, o tratamento conferido às nulidades não se mostra uníssono, sendo certo que doutrina e jurisprudência não se alinham numa interpretação jurídica harmônica e consolidada, gerando diferentes entendimentos acerca da delineação do tema.

As nulidades no âmbito do processo penal são disciplinadas no Título I do Livro III do Código de Processo Penal, especificamente do artigo 563 ao artigo 573, e se enquadram no objeto de estudo do presente trabalho de conclusão de curso.

## **1.1 Nulidades no processo penal: conceito**

Inicialmente, impende discorrer acerca do conceito de nulidade no campo do direito processual penal, por se tratar de entendimento necessário à compreensão da especificidade do assunto a ser abordado nesta monografia.

Segundo as lições de Heráclito Antônio Mossin, a palavra nulidade advém do latim medieval *nullitas*, de *nullus* (nulo, nenhum), e, na concepção jurídica, provém da ineficácia de um ato jurídico, em razão de haver sido executado com inobservância das

---

<sup>6</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 257-258.

fórmulas legais, podendo resultar na sua invalidade, uma vez que lhe falta força para que possa, validamente, produzir os efeitos jurídicos desejados.<sup>7</sup>

De maneira objetiva, Aroldo Plínio Gonçalves conceitua nulidade como sendo “consequência legalmente prevista para a inobservância da norma que determina as condições de regularidade dos atos jurídicos”.<sup>8</sup>

No entanto, conforme se passará a expor, a doutrina diverge quanto à natureza jurídica da nulidade, sendo, para uns, tratada como sanção, e, para outros, como vício.

Nesse contexto, Aroldo Plínio Gonçalves salienta que os diversos sentidos emprestados ao vocábulo nulidade acarretam dificuldades tanto de ordem terminológica quanto de ordem conceitual, acrescentando que sanção e vício possuem delimitação distinta, de maneira que não se pode confundir a sanção, como consequência normativa, com o vício, que corresponde ao defeito de um ato.<sup>9</sup>

Ainda sobre a dificuldade observada na acepção do termo nulidade, acrescenta o aludido autor que

O termo nulidade tem sido empregado indiferentemente tanto para designar uma categoria jurídica, que se faz objeto de uma teoria, como para significar uma consequência jurídica – a sanção que torna ineficaz o ato processual –, como para denotar uma qualidade negativa que adere a um ato processual, como se fosse o defeito do ato, sendo equiparada ao próprio vício que o atinge.<sup>10</sup>

Manifestando seu posicionamento, Aroldo Plínio Gonçalves enquadra a nulidade na categoria das sanções, por entender que “é consequência jurídica prevista para o

<sup>7</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 61.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. tir. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, p. 13-14.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. tir. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, p. 11-18.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. tir. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, p. 11.

ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir”.

Seguindo o mesmo posicionamento exarado pelo predito autor, José Frederico Marques igualmente considera ser a nulidade uma sanção, acentuando que “a nulidade é uma sanção que, no processo penal, atinge a instância ou o ato processual que não estejam de acordo com as condições de validade impostas pelo direito”.<sup>11</sup>

Nessa esteira são os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho ao asseverar que “a nulidade é a sanção decretada pelo Órgão Jurisdicional em relação ao ato praticado com inobservância dos parâmetros normativos”.<sup>12</sup>

Igualmente lecionam Nestor Távora e Rosmar A. R. C. de Alencar, ao sustentarem que “no direito processual penal, nulidade é sanção estabelecida judicialmente em virtude da verificação de desatendimento de norma processual que evidencie prejuízo a direito das partes ou dos interessados no processo”.<sup>13</sup>

Seguindo a posição majoritária de ser a nulidade sanção, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco tecem as seguintes considerações acerca da nulidade: “trata-se de sanção à irregularidade, que o legislador impõe, segundo critérios de oportunidade (política legislativa), quando não entende conveniente que o ato irregular venha a produzir efeitos”.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 397.

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3º volume/30 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 116.

<sup>13</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 829.

<sup>14</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 364.

Heráclito Antonio Mossin igualmente defende o posicionamento de que a nulidade se insere no campo das sanções, repousando seu entendimento no texto do artigo 563 do Código de Processo Penal.<sup>15</sup>

Outro não é o entendimento albergado por Carreira Alvim, ao asseverar que “a nulidade processual é uma sanção que resulta da prática do ato em desconformidade com a forma legal”.<sup>16</sup>

De maneira a consolidar a orientação dada pela maior parte da doutrina, fundamental mencionar as lições de Paulo Rangel, o qual esclarece, de maneira concisa, que a nulidade “não é vício que inquina o ato, mas, sim, a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei”<sup>17</sup>, asseverando, pois, que a natureza jurídica da nulidade é “de uma sanção declarada pelo órgão jurisdicional diante da imperfeição da prática de um ato”.<sup>18</sup>

Todavia, noutro sentido são as lições de Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo, pois, embora não classifiquem a nulidade como vício, afastam o entendimento de que a nulidade é sanção, e a conceituam como sendo “a falta ou imperfeição jurídica que pode tornar o processo ineficaz no todo ou em parte. A sanção seria, assim, a consequência (nem sempre ocorrente) da nulidade e não a própria nulidade”.<sup>19</sup>

Também no campo conceitual, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira que “a declaração de nulidade” é “a consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja

---

<sup>15</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 63.

<sup>16</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 257.

<sup>17</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 786.

<sup>18</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 788.

<sup>19</sup> TOVO, Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro**. Novo Enfoque e Comentário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4-5.

pela não-observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática”.<sup>20</sup>

Dessarte, para alguns doutrinadores, que se afigura como sendo a posição majoritária, a nulidade é a sanção imposta nos casos em que o ato processual foi praticado em desconformidade com a forma legal, enquanto que, para outra corrente, a nulidade é a consequência da falta de cumprimento das formalidades legalmente previstas, parecendo-nos ser o melhor conceito aquele adotado pela grande parte da doutrina.

## 1.2 Nulidade absoluta e nulidade relativa: distinção

Da leitura do artigo 572 do Código de Processo Penal é possível observar a distinção trazida pela lei quanto às nulidades absolutas e relativas.

Uma vez que o *caput* do mencionado dispositivo legal estabelece que serão consideradas sanadas “as nulidades previstas no artigo 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h e IV*”<sup>21</sup>, depreende-se que, nestes casos, o vício de forma estará sanado se a parte interessada não arguir o fato em tempo oportuno, se o ato tiver atingido o seu fim ou se a parte tiver aceito os efeitos do ato irregularmente praticado, ainda que tacitamente, tratando-se, portanto, de hipóteses de nulidade relativa, enquanto que, nos demais casos, a nulidade será absoluta.

Teleologicamente, as nulidades absoluta e relativa se distinguem no processo em razão da natureza da norma violada, pois se ela é ditada prevalentemente em razão do interesse público, a violação da forma legal implicará nulidade absoluta, a qual poderá ser declarada de ofício ou a partir da invocação de uma das partes. Porém, quando a

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 693.

<sup>21</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 446.

norma processual tutelar preponderantemente o interesse das partes, a sua violação configurará nulidade relativa, demandando provocação das mesmas para a sua declaração.<sup>22</sup>

Subsidiando o acima explanado, Ernani Fidélis dos Santos registra que, no que tange às nulidades processuais absolutas, a forma do ato deve ser observada em cotejo com o interesse público.<sup>23</sup>

Seguindo a mesma linha, para Carreira Alvim “a nulidade se diz absoluta, quando a exigência da forma visa a preservar interesses de ordem pública, no processo, podendo ser decretada de ofício”, e, dando continuidade à matéria em comento, assevera que a nulidade será relativa quando o interesse da parte for o escopo da proteção buscada pela lei ao prever determinada forma para a realização de ato processual, e, por tais razões, somente poderá ser decretada pelo juiz se houver provocação da parte interessada.<sup>24</sup>

Ao tratar do tema, Guilherme de Souza Nucci promove a seguinte distinção:

a) nulidades absolutas, aquelas que devem ser proclamadas pelo magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, porque produtoras de nítidas infrações ao interesse público na produção do devido processo legal. b) nulidades relativas, aquelas que somente serão reconhecidas caso argüidas pela parte interessada, demonstrando o prejuízo sofrido pela inobservância da formalidade legal prevista para o ato realizado.<sup>25</sup>

Segundo Heráclito Antônio Mossin, as nulidades absolutas são insanáveis e, por isso, quando verificadas, acarretam a imprestabilidade do ato praticado. Por cuidar de matéria de interesse público, não precluem e não se submetem aos efeitos da coisa julgada,

<sup>22</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. tir. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, p. 92.

<sup>23</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367.

<sup>24</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 258.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 889.

podendo ser declaradas a qualquer tempo e grau de jurisdição, pelo juiz de ofício ou por provocação, sendo o seu prejuízo manifesto.<sup>26</sup>

Em relação às nulidades relativas, consigna o aludido autor que, ao contrário das absolutas, sofrem os efeitos da preclusão, são sanáveis, não gerando a obrigatoria imprestabilidade do ato viciado, não podem ser pronunciadas de ofício pelo magistrado, devendo a parte arguí-las, desde que não tenha dado causa, comprovando que o ato lhe causou prejuízo.<sup>27</sup>

Ada Pellegrini Grinover, na mesma esteira do pensamento de Heráclito Mossin, sustenta que “as nulidades absolutas não exigem a demonstração do prejuízo, porque nelas o prejuízo é evidente”, afastando tese defendida por alguns doutrinadores no sentido de que seria caso de presunção de prejuízo, sob o argumento de que se assim entendesse, levaria à inversão do ônus da prova, não ocorrente nestas situações em que o dano é indubitável.<sup>28</sup>

Por sua vez, Tourinho Filho entende que por ser o prejuízo presumido nas nulidades absolutas, não haveria a necessidade de prova da sua ocorrência.<sup>29</sup>

Divergindo da doutrina majoritária, Paulo Rangel confere às nulidades absolutas o mesmo tratamento dado às relativas no que tange à necessidade de comprovação do efetivo prejuízo, por entender que o processo não é um fim em si mesmo e, por isso, mesmo o ato processual sendo praticado em inobservância à forma disposta em lei, e não

---

<sup>26</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 65-67.

<sup>27</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 69-70.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3º volume. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117.

admitindo sanatória, não há que se declarar nulo o processo se não houver prejuízo para as partes.<sup>30</sup>

As ideias acima podem ser complementadas de maneira proveitosa com as lições do predito autor, o qual diferencia as nulidades da seguinte maneira

a) Nulidade absoluta. Pode ser decretada de ofício, independente de manifestação das partes. Não convalesce. Para a doutrina majoritária, não necessita demonstrar prejuízo (discordamos). Não se aplicam a ela os princípios do interesse e do prejuízo. Pode ser invocada em qualquer tempo e grau de jurisdição. Se houver sentença condenatória, não é acobertada pela coisa julgada, pois pode ser objeto de revisão criminal ou de *habeas corpus*. Entretanto, se houver sentença absolutória e não for alegada em grau de recurso, ficará acobertada pela coisa julgada, pois não há revisão *pro societate*.

b) Nulidade relativa. A parte a quem interessa a nulidade pode abrir mão da formalidade estabelecida em lei. Somente se decreta a nulidade se houver prejuízo. Não argüida no momento oportuno, haverá a preclusão, portanto, há prazo para ser declarada. Se houver sentença (condenatória ou absolutória) e a nulidade não houver sido alegada pela parte interessada, ficará acobertada pela coisa julgada. Há convalescimento (art. 572). O princípio do interesse somente se aplica à nulidade relativa.<sup>31</sup>

Orientação importante para o deslinde do presente trabalho é retirada das distinções acima tratadas, mormente em se tratando da aferição do prejuízo na concretude do ato viciado, destacando-se que, conforme linhas volvidas, quase que à unanimidade, a doutrina posiciona-se no sentido de que nas nulidades absolutas presume-se ou evidencia-se a existência do prejuízo e, nas relativas, imprescindível a sua efetiva demonstração para o fim acoimado de se declarar a nulidade do ato viciado.

---

<sup>30</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 794-789.

<sup>31</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 794-795.

### 1.3 Princípios informativos da declaração de nulidade

Prevalece na doutrina o entendimento de que os princípios regentes da decretação da nulidade se dividem em quatro: do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da causalidade e do interesse.

#### 1.3.1 Princípio do prejuízo

O princípio do prejuízo está insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal e preceitua que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.<sup>32</sup>

Notadamente, esse dispositivo legal inaugura, no aludido *Codex*, o Título I do Livro III, que trata das nulidades.

Acerca da relevância do princípio do prejuízo no sistema das nulidades, Ada Pellegrini Grinover esclarece que ele constitui, seguramente, a “viga mestra” que orienta o instituto das nulidades no direito processual penal pátrio e “decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito”.<sup>33</sup>

Com sabença que lhe é peculiar, a autora conclui o entendimento asseverando que “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”, de forma que, configurada essa

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 445.

<sup>33</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31.

hipótese, não há falar-se em prejuízo, sob pena de se apegar a um formalismo exagerado e inútil que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional.<sup>34</sup>

O princípio do prejuízo equivale ao brocardo *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, e que se constitui como preceito oriundo da Ordenança Francesa de 1667<sup>35</sup> e consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio, acalentado pelo legislador ordinário, conforme se extrai da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal ao exortar que “o projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa”.<sup>36</sup>

Assim, considerado como o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades, *pas de nullité sans grief* é corolário da natureza instrumental do processo.<sup>37</sup>

Nesse ponto, cinge-se a pretensão do presente trabalho monográfico, uma vez que a problematização trazida compreende o abarcamento do dogma *pas de nullité sans grief* não só pelas nulidades relativas, mas, também, pelas nulidades absolutas, sendo, pois, necessária a demonstração do efetivo prejuízo em ambos os casos, posição esta que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que, ainda, possui escassos seguidores no campo doutrinário.

---

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 79.

<sup>35</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 79.

<sup>36</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 350.

<sup>37</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 81.510-3/PR, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 11 dez. 01, DJ 12.4.02, p. 617. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

Com o fito de desenvolver melhor o princípio, urge buscar as lições de Heráclito Mossin, dando início à discordância da doutrina com o posicionamento recente da Corte Suprema. Nesse sentido, o autor afasta o princípio do prejuízo frente às nulidades absolutas ao advertir que “incide restritivamente no campo das nulidades relativas”, deixando assente que nas nulidades absolutas o prejuízo é presumido, não cabendo o questionamento, “para efeito da sanção de ineficácia, se o ato produziu ou não prejuízo às partes”.<sup>38</sup>

Tourinho Filho manifesta-se de igual forma ao traçar suas lições sobre o tema, também entendendo como presumido o prejuízo, eis que “se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido”, destacando que nas nulidades absolutas, por estar evidenciado o prejuízo, ele é *juris et de jure*, inadmitindo, portanto, prova em contrário.<sup>39</sup>

Tem pleno emprego no ponto abordado o magistério de Ada Pellegrini Grinover, com a diferença de que não fala em prejuízo presumido nas nulidades absolutas e, sim, em prejuízo evidente

As nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que não ocorre nessas situações, em que a ocorrência do dano não oferece dúvida.<sup>40</sup>

Paulo Rangel diz que não é correto afirmar que nas nulidades absolutas o prejuízo é presumido, entendendo como a colocação mais adequada aquela em que, nas

<sup>38</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 82.

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3º volume. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117.

<sup>40</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

nulidades absolutas, pressupõe-se a existência do prejuízo, decorrente de “previsão abstrata da lei, a salvo de qualquer indagação probatória”.<sup>41</sup>

Divergindo da doutrina majoritária, Paulo Rangel segue o posicionamento moderno da Corte Suprema, e defende que mesmo que “a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato”, para tanto, invoca os princípios da celeridade e da economia processual para embasar seu pensamento, preconizando que diante destes princípios, o ato imperfeito não se torna passível de renovação ou retificação, se dele não se afigurar prejuízo para as partes.<sup>42</sup>

Por fim, conclui o autor que “mesmo nas nulidades absolutas, há que se perquirir o prejuízo sofrido pela prática do ato em desconformidade com a lei”.<sup>43</sup>

### *1.3.2 Princípio da instrumentalidade das formas*

Em razão do princípio da instrumentalidade das formas que se costuma dizer que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de aplicação do direito, sendo ele o instrumento da jurisdição, em que todos os atos processuais possuem procedimento previsto em lei, para o alcance de finalidade específica.<sup>44</sup>

Assim, se a prática do ato processual se deu de forma distinta da prevista em lei, mas atingiu o seu fim sem causar prejuízo a nenhuma das partes, não há que se falar em anulação do ato.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 794-798.

<sup>42</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 789.

<sup>43</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 790.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 757.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 758.

Na mesma linha, Carreira Alvim diz que pelo princípio da instrumentalidade das formas devem ser anulados os atos irregulares, desde que o objetivo por eles colimado não seja alcançado.<sup>46</sup>

Segundo Paulo Rangel, “as formas estabelecidas pela lei para se atingir a prática de determinados atos são instrumentais e não um fim em si mesmas”. Assim, com outros dizeres, esclarece que “a existência das formas tem a função de proteger algum interesse que deva ser perquirido antes de ser invalidado o ato”, cabendo ao juiz “investigar se o ato que foi praticado em desconformidade com a lei atingiu o seu fim”, hipótese a qual, uma vez verificada concretamente, em conjunto com a presença de prejuízo para as partes, conduzirá ou não à declaração da nulidade do ato.<sup>47</sup>

Dessarte, extrai-se que as formas previstas em lei não representam um fim em si mesmas e, uma vez que a finalidade do ato processual foi atingida, não causando prejuízo algum para as partes, não se pronuncia a nulidade do ato praticado com inobservância de formalidade legal.

### *1.3.3 Princípio da causalidade*

Por meio do princípio da causalidade impõe-se que a declaração da nulidade de um ato processual “contamine os posteriores que dele sejam dependentes, com a consequência de dever-se anular todo o processo, a partir do ato celebrado com imperfeição”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 258.

<sup>47</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 793-794.

<sup>48</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 366.

Paulo Rangel consolida o princípio, definindo, ainda, como contaminação ou contagiosidade, e o conceitua como sendo a “possibilidade de o defeito na prática do ato se estender aos atos que lhe são subseqüentes e que dele dependem”<sup>49</sup>.

Essa é a previsão contida no parágrafo 1º do artigo 573 do Código de Processo Penal, ao dispor que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência”.<sup>50</sup>

#### *1.3.4 Princípio do interesse*

O artigo 565 do Código de Processo Penal estabelece que “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.<sup>51</sup>

Para a doutrina, trata-se de disposição relacionada às nulidades relativas, eis que somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de arguição da parte interessada, e, considerando que nas absolutas o vício atinge o próprio interesse público, deve ser reconhecido pelo juiz, independentemente de haver ou não provocação.

Esclarecendo melhor o tema, Cândido Dinamarco diz que:

O princípio do interesse diz que a própria parte que tiver dado causa à irregularidade não será legitimada a pleitear a anulação do ato (CPC, art. 243, e CPP, art. 565). Essa restrição, contudo, só tem aplicação nas hipóteses de nulidade relativa, quando a exigência de determinada forma é instituída no interesse das partes e não da ordem pública; aí, e não na nulidade

---

<sup>49</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 793-791.

<sup>50</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 448.

<sup>51</sup> BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 447.

absoluta, é razoável que o legislador deixe exclusivamente a critério da parte prejudicada a provocação da decretação da nulidade.<sup>52</sup>

Dessarte, analisando a matéria relativa às nulidades processuais penais sob o prisma do princípio do prejuízo, compreende-se o princípio do interesse, o qual estabelece que nenhuma das partes poderá arguir nulidade referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Perpassado um breve estudo acerca do sistema das nulidades processuais e dos seus princípios informativos, impende contextualizá-los dentro do ordenamento jurídico, pois não há como se visualizar o direito processual penal isoladamente, mas sim, em conformidade com o que preceitua a Constituição Federal.

---

<sup>52</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 367.

## **2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL**

Este capítulo visa discorrer acerca das garantias constitucionalmente asseguradas do devido processo legal e da razoável duração do processo, consagradas nos incisos LIV e LXXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, com o escopo de, ao final, no Capítulo 4 do presente trabalho, contrapô-las e sopesá-las em face das nulidades absolutas no processo penal e seus princípios informativos, utilizando-se, para tanto, de análise da evolução jurisprudencial do Pretório Excelso a respeito da observância do dogma fundamental *pas de nullité sans grief*, também para a declaração da nulidade absoluta.

A importância de o trabalho abarcar o estudo das garantias processuais constitucionais do devido processo legal e da duração razoável do processo opera-se em razão do interesse público que reveste as nulidades processuais absolutas, não havendo falar-se em interesse maior do que se proteger e dar efetividade à uma norma constitucional na prestação jurisdicional.

### **2.1 Devido processo legal**

Adauto Suannes esclarece o momento da positivação do princípio na ordem constitucional brasileira, afirmando que o devido processo legal, “como conjunto de exigências éticas para garantia de que ao réu será assegurado um julgamento justo, entrou pela primeira vez expressamente em uma Constituição brasileira em 1988”, acrescentado, ainda, que o postulado proveio de “longa elaboração no sistema jurídico norte-americano”, mas que

teve sua origem trazida “da Inglaterra pelos primeiros colonizadores e se desenvolveu no solo fértil do Novo Mundo”.<sup>53</sup>

Assim, verifica-se que a positivação de garantia extremamente importante para o processo penal, de largo alcance, somente veio a incorporar um texto constitucional na Carta Magna vigente, encontrando-se consagrada no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal que preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>54</sup>

José Afonso da Silva assinala que o devido processo legal se reporta a uma prestação jurisdicional fincada nos “imperativos da ordem jurídica”, em que a instrumentalidade do processo deve ser adequada, em observância a garantia do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual, além da bilateralidade dos atos procedimentais, e complementa que o devido processo legal, combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV), além do contraditório e da plenitude de defesa (artigo 5º, inciso LV), encerram as garantias processuais com base constitucional.<sup>55</sup>

Ao tratar do conteúdo do devido processo legal, Gilmar Ferreira Mendes assevera que o princípio, no campo das garantias constitucionais do processo, assume especial relevância, de inigualável alcance, pois a amplitude de seu significado traz para o âmbito do postulado uma série de garantias positivadas nas ordens jurídicas, que devem ser cogitadas quando se trata do devido processo legal, a saber: direito ao contraditório e a ampla defesa,

---

<sup>53</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

<sup>54</sup> BRASIL. **Constituição federal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 431.

direito ao juiz natural, direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, direito a não ser preso senão por determinação de autoridade competente e na forma da lei.<sup>56</sup>

Esclarece, contudo, que essas garantias, apesar da referência expressa no texto constitucional, são desdobramentos do princípio do devido processo legal, estando intrinsecamente interligadas.<sup>57</sup>

Nesse mesmo sentido, Paulo Rangel assevera que “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual”, e finaliza consignando que “todos os outros derivam dele”.<sup>58</sup>

Dessarte, o devido processo legal é garantia fundamental que compreende, dentro de sua fórmula, garantias específicas, reveladas, no âmbito processual, pelo juiz natural e competente, pelo contraditório e ampla defesa, e pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.<sup>59</sup>

### *2.1.1 Contraditório e ampla defesa*

No que concerne às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estas encontram-se insculpidas expressamente na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV, que preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

---

<sup>56</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 685.

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 686-687.

<sup>58</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

<sup>59</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 88-89.

acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”<sup>60</sup>

No processo penal, o princípio do contraditório e da ampla defesa nos revela, preliminarmente, que “não só não pode haver condenação sem defesa, como também que, na falta de defensor do réu, defensor dativo deve ser designado para o patrocínio da causa”.<sup>61</sup>

Ao analisar o contraditório, Antonio Scarance Fernandes, adotando e utilizando-se da noção clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o define como sendo a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”, e, de forma mais clara, diz que os elementos essenciais que devem ser observados no contraditório são “a necessidade de informação e a possibilidade de reação”.<sup>62</sup>

Preconiza, ainda, no seio do princípio do contraditório, que haja igualdade em todas as oportunidades de manifestação tanto para a defesa quanto para a acusação, de maneira que se assegure um justo equilíbrio na relação processual penal.<sup>63</sup>

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, o contraditório não busca apenas a efetiva igualdade processual entre as partes, mas também que a participação delas se dê em “simétrica paridade”. Assim, delinea o princípio do contraditório como a garantia ao direito à

---

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição federal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 592.

<sup>62</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 593.

informação “de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes” e o direito à resposta “na mesma intensidade e extensão”.<sup>64</sup>

Em relação à garantia da ampla defesa, o autor faz uma explanação inicial, afastando o entendimento de alguns defensores da ideia de que a ampla defesa é a outra medida do contraditório, ao argumento de que este se restringe à garantia de participação das partes na impugnação de toda alegação contrária ao seu interesse, enquanto que aquela impõe a efetiva consistência da impugnação e a “realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”.<sup>65</sup>

Salienta, ademais, que a ampla defesa “realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”.<sup>66</sup>

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado de Súmula nº 523, que estabelece que “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”.<sup>67</sup>

Ainda no que tange à ampla defesa, Vicente Paulo explicita que é o direito conferido “ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os meios de prova lícitamente obtidos para demonstrar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender conveniente, para evitar sua auto-incriminação”.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39-40.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

<sup>67</sup> BRASIL. **STF Súmulas selecionadas**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1108.

<sup>68</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 128.

### 2.1.2 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é outra garantia processual constitucional que está compreendida no devido processo legal, encontrando-se insculpida no inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna <sup>69</sup>.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o campo de proteção desta garantia está

em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, in fine), dentre outros. <sup>70</sup>

O autor assenta, dessa forma, que a obtenção de provas sem a observância desses direitos assegurados na ordem constitucional, configurará afronta ao devido processo legal.<sup>71</sup>

Portanto, segundo Paulo Rangel, a busca pela verdade real no processo penal sofre limitações, na medida em que não serão consideradas as provas colhidas com violação aos direitos e garantias constitucionais.<sup>72</sup>

### 2.1.3 Juiz natural

O devido processo legal abarca, ainda, o direito ao juiz natural, inicialmente concebido para vedar a criação dos tribunais de exceção, isto é, na impossibilidade de se instituir órgão judicial com competência para processar e julgar determinada infração penal.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 687.

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 687.

<sup>72</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 429.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 32.

A outra vertente do princípio diz respeito à necessidade de edição prévia, ao fato a ser apurado, das regras de competência.<sup>74</sup>

A ordem constitucional brasileira abrange essas duas vertentes, consagrando no inciso XXXVII do seu artigo 5º que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e, no inciso LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.<sup>75</sup>

Esse postulado garante a imparcialidade do juiz na apreciação das causas, eis que obsta o estabelecimento de tribunal de exceção, bem como “seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores”.<sup>76</sup>

## 2.2 Razoável duração do processo

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico pátrio, norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo, positivando, dessarte, orientação que há muito tempo era consentânea nas convenções internacionais sobre direitos humanos, no princípio de Estado de Direito, bem como no postulado da dignidade da pessoa humana.<sup>77</sup>

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada de Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992, já conferia a garantia judicial da duração razoável do processo, ao prever no item 1 do artigo 8º que

---

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

<sup>75</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27-28.

<sup>76</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 103.

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>78</sup>

De outro lado, mais de uma década depois, a garantia foi introduzida no artigo 5º do texto constitucional, dispondo o inciso LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>79</sup>

O postulado visa atender ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, objetivando garantir ao indivíduo o acesso à justiça, sem que isso signifique uma demora no recebimento da prestação jurisdicional, assegurando, pois, além de proteção judicial efetiva, a prestação jurisdicional em prazo razoável.<sup>80</sup>

Contudo, entende Paulo Rangel que a previsão constitucional é inócua, em razão de o legislador constituinte derivado não ter definido a extensão do que seria duração razoável do processo, afigurando-se, dessa forma, como norma programática, por não possuir instrumentalidade efetiva.<sup>81</sup>

Para coibir os abusos decorrentes de uma tramitação processual indefinida e desmedida, Gilmar Ferreira Mendes discorre que o Poder Judiciário, enquanto não dotado dos instrumentos necessários para garantir a efetividade do acesso à justiça em prazo razoável, como “a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional”, vem

---

<sup>78</sup> BARRAL, Welber. **Direito internacional**: normas e práticas. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 401-403.

<sup>79</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 545-546.

<sup>81</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

observando o imperativo da celeridade da prestação jurisdicional em questões pontuais, ofertando, como exemplo, os casos em que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo e concedendo *habeas corpus* por excesso de prazo de prisão cautelar, bem como legitimando a impetração desse remédio constitucional para sanar constrangimento ilegal que podem “transcender a esfera da liberdade de locomoção propriamente dita da pessoa do paciente”.<sup>82</sup>

Assim, o predito autor entende que esse tratamento jurisprudencial que vem sendo dado à duração razoável do processo “configura-se como passo decisivo para que a própria regularidade da tramitação de procedimentos investigatórios e criminais possa ser vindicada como uma garantia fundamental”, consoante assegurado pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>83</sup>

Pelo exposto, é de se ressaltar que diversos são os direitos, as liberdades e as garantias estabelecidos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, e a maneira de se assegurar ao indivíduo a defesa de direitos e interesses é por meio da garantia jurídico-constitucional de acesso ao Poder Judiciário e o direito à tutela jurisdicional, com o devido processo legal.

---

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 546-547.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 547.

### **3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

O intuito deste capítulo revela-se na importância de se destacar a Constituição de um País como norma maior, detentora de supremacia dentro do ordenamento jurídico, na qual todas as demais normas jurídicas devem guardar conformidade com ela.

Busca-se, ainda, destacar a relevância do Supremo Tribunal Federal na ordem jurídica interna e na interpretação do direito, considerando que a delimitação do tema do presente estudo encerra-se na jurisprudência do Pretório Excelso acerca das nulidades absolutas no processo penal, matéria, pois, advinda de legislação infraconstitucional, a qual foi apreciada à luz da Constituição Federal.

#### **3.1 A supremacia da Constituição**

J. J. Gomes Canotilho caracteriza a constituição como norma superior dentro do ordenamento jurídico, por apresentar, em relação às demais, “brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas”, sintetizando essa superioridade da constituição como norma em razão de seu “carácter fundacional” e da sua “primazia normativa”.<sup>84</sup>

Luís Roberto Barroso extrai a supremacia constitucional dos “fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos”, trazendo a lume como os principais elementos que acarretam essa superioridade “a sua posição de preeminência do poder constituinte sobre o

---

<sup>84</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1133.

poder constituído, a rigidez constitucional, o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência”.<sup>85</sup>

No que tange a rigidez constitucional, caracterizada por um processo mais rígido de modificação de suas normas, José Afonso da Silva assevera que dela provém a supremacia da Constituição, porquanto “se coloca no vértice do sistema jurídico do país”, conferindo validade a todo ordenamento. Aduz, ainda, que a Constituição é “lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado”.<sup>86</sup>

Por sua vez, para aclamar a supremacia da Constituição, Gilmar Mendes se funda na pirâmide normativa de Hans Kelsen, a fim de visualizar “o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na ficção da norma fundamental hipotética”, pois, uma vez que a Constituição se localiza na base dessa pirâmide, afigura-se como “o ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa”.<sup>87</sup>

Quanto à superioridade da constituição frente às outras normas de um ordenamento jurídico, aduz J. J. Gomes Canotilho que três são as expressões que a elevam a essa condição: a uma, porque “as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria”; a duas, por ser compreendida como fonte jurídica para a elaboração de outras normas; e, a três, em razão de que “a superioridade

---

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 45.

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição”.<sup>88</sup>

Nesse aspecto, salienta Luís Roberto Barroso que, pela superioridade da norma constitucional frente às demais, “nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível” e, acrescenta que “para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição”.<sup>89</sup>

Seguindo o mesmo pensamento, Paulo Rangel ressalta que a Constituição encontra-se no ápice do ordenamento jurídico, não sendo admissível que norma alguma que lhe seja inferior possa ser contrária à norma constitucional, sem ser revogada ou sem ser declarada inconstitucional.<sup>90</sup>

Dessa forma, a presença de uma Constituição na ordem jurídica interna implica o condicionamento de toda produção normativa infraconstitucional aos comandos constitucionais, por meio de sistemas de controle que resguardem a sua inviolabilidade.<sup>91</sup>

### **3.2 A importância do Supremo Tribunal Federal na interpretação do direito**

O Supremo Tribunal Federal representa o ápice da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, com jurisdição em todo o território nacional, articulando-se com a justiça

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1133.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

<sup>90</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 316.

<sup>91</sup> BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial**. Salvador: Podivm, 2008, p. 33.

comum e a especial, de maneira que se afigura como a “máxima instância de superposição, em relação a todos os órgãos da jurisdição”.<sup>92</sup>

Sua competência precípua é a de zelar pela Constituição, consoante preconiza o *caput* do artigo 102 da Carta Magna, estando as demais competências enumeradas no rol dos artigos 102 e 103, sendo divididas em originária e recursal.<sup>93</sup>

Como forma de garantir o respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte erigiu o Supremo Tribunal Federal em guardião da Constituição.

Acerca da função de guardião da Constituição, J. J. Gomes Canotilho consigna que, conquanto o “Tribunal Constitucional esteja primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas”, deve observar sua “tarefa de guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania”.<sup>94</sup>

Nesse aspecto, o aludido autor acrescenta que, dessa tarefa de guardião das normas constitucionais opera-se a “legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais”.<sup>95</sup>

Ainda sobre a importância do Supremo Tribunal Federal, José Paulo Sepúlveda Pertence delinea a sua atuação em duas funções básicas: como “órgão de cúpula

---

<sup>92</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 195.

<sup>93</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

<sup>94</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 677.

<sup>95</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 677.

da jurisdição constitucional difusa”, que exsurge do controle de constitucionalidade das normas, da sua competência recursal, bem como da interpretação da Constituição aplicada a casos concretos, e como “titular do monopólio do controle concentrado da constitucionalidade das normas perante a Constituição, mediante processo objetivo de verificação em abstrato da compatibilidade ou não de leis e atos normativos autônomos com a Constituição Federal”.<sup>96</sup>

Outro não é o entendimento esposado por Gilmar Ferreira Mendes, ao informar que “o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis e atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais” é formado pela competência do Supremo Tribunal Federal, “de inegável peso político e grande significado jurídico”, para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e o recurso extraordinário, dentre outras competências.<sup>97</sup>

Outro ponto que assenta a importância do Supremo Tribunal Federal na estrutura judiciária brasileira é a competência para editar súmula vinculante, conforme inovação trazida para o texto constitucional pela Emenda nº 45/2004.

Nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá, por maioria de 2/3 (dois terços) dos votos de seus membros, aprovar súmula que terá efeito vinculante sobre os

---

<sup>96</sup> PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 396

<sup>97</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 994.

demais órgãos do Poder Judiciário e sobre a administração pública direta e indireta, federal, estadual e municipal.<sup>98</sup>

Acerca da súmula vinculante, explicita Gilmar Ferreira Mendes que ela terá “por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e multiplicidade de processos”, salientando, portanto, que estarão abrangidas “as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais”.<sup>99</sup>

Impende consignar que o Supremo Tribunal Federal editou até o momento 14 (quatorze) súmulas vinculantes.<sup>100</sup>

Pelo exposto, inegável a importância das decisões do Supremo Tribunal Federal, eis que resguarda a inviolabilidade da Constituição Federal ao apreciar a conformidade do ordenamento jurídico interno com a Carta Magna, se afigurando, pois, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, em razão do exercício da competência recursal, e como corte constitucional, em decorrência da jurisdição constitucional concentrada.

---

<sup>98</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1010.

<sup>100</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br>.

## **4 O PRINCÍPIO DO PREJUÍZO NAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAS ABSOLUTAS NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF, PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Este quarto e último capítulo tem por escopo analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-Constituição Federal de 1988, que cuida de pleitos que abrangem eventuais alegações de ocorrência de nulidade absoluta no processo penal.

Buscar-se-á fazer o cotejo da aplicação do princípio do prejuízo frente às nulidades absolutas pelo Supremo Tribunal Federal, para, ao final, apresentar uma breve conclusão acerca da análise dos julgados do Pretório Excelso, visando sintetizar se o entendimento sobre a necessidade de demonstração do prejuízo nas nulidades processuais absolutas é uníssono, majoritário ou minoritário no âmbito daquela Suprema Corte.

### **4.1 Análise dos acórdãos obtidos com a pesquisa de jurisprudência**

Os acórdãos selecionados para apreciação na presente monografia foram obtidos a partir de pesquisa de jurisprudência realizada na página da internet do Supremo Tribunal Federal<sup>101</sup>, cujo objeto foi a exigência ou não da demonstração do efetivo prejuízo para a declaração de nulidade absoluta no âmbito do processo penal, alcançando-se, ao final, 34 (trinta e quatro) julgados.

Conforme já salientado na introdução deste trabalho, diante do relativo resultado alcançado, entendeu-se não ser viável detalhar cada caso como inicialmente pretendido, assim, vislumbrou-se como a melhor forma de abordar e delinear o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da delimitação do tema da monografia, por

---

<sup>101</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br>.

meio da tabulação dos acórdãos alcançados com a pesquisa de jurisprudência, abordando-se, com maior profundidade, apenas os dois primeiros precedentes.

A análise dos dois acórdãos dar-se-á com uma breve explanação sobre cada caso, fazendo uma delimitação apenas no que toca a arguição da ocorrência de inobservância de forma de ato processual passível de declaração de nulidade absoluta e se houve a exigência de comprovação do efetivo prejuízo, trazendo, na medida do possível e no que couber, os aspectos jurídicos que delineiam a pretensão da parte, além do fundamento da decisão tomada pelos Ministros daquela Corte de Justiça, com a transcrição da ementa do acórdão.

#### *4.1.1 Habeas Corpus n° 76.567-1/RJ*<sup>102</sup>

Da pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca das nulidades absolutas no processo penal, pós-Constituição Federal de 1988, este foi o acórdão paradigma acerca da delimitação do tema desta monografia, cujo *Habeas Corpus*, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, foi levado a julgamento na sessão do dia 14/04/1998, na Primeira Turma daquela Corte de Justiça, configurando este o primeiro precedente proferido à luz da atual Constituição.

O acórdão restou assim ementado

*I. Júri: quesitos: erro de formulação que não prejudicou a defesa: nulidade não declarada pas de nullité sans grief.* 1. A omissão de quesito relativo à defesa é nulidade absoluta (Súmula 156), portanto, em tese, não preclusa pela falta de arguição na sessão do Júri. 2. Mas, ainda sobre a nulidade absoluta, prevalece o dogma *pas de nullité sans grief*, corolário da instrumentalidade essencial das normas processuais. 3. O privilégio invocado pela defesa e não indagado aos jurados – ter sido o crime “cometido sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima” (CP, art. 121, § 1º) – contém em si a atenuante genérica, objeto do quesito erroneamente formulado – ter sido o crime cometido “sob a influência de violenta emoção provada por ato injusto da

---

<sup>102</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC n° 76.567-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 abr. 98, DJ 22.5.98, p. 283. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

vítima” (C, art. 65, III, c), de tal forma que esta – a atenuante – pode ocorrer sem que se caracterize a causa especial de diminuição de pena, mas não o contrário: desse modo, negado o menos – a atenuante genérica – não poderá o Júri, sem contradição, afirmar o mais – o privilégio: donde, a falta de prejuízo na omissão de quesito sobre o último. *II. Sentença condenatória: fundamentos da pena aplicada: nulidade se as circunstâncias nela articuladas não guardam coerência lógico-jurídica com a exacerbação da pena que pretendeu motivar.*

Extrai-se do acórdão que o paciente foi julgado pelo Tribunal do Júri e condenado como incurso nas sanções do artigo 121, *caput*, c/c artigo 61, inciso II, alínea “e”, ambos do Código Penal, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, pela prática do crime de homicídio contra a sua mulher.

Postulou, em sede de *habeas corpus*, a anulação do júri, por erro na formulação de quesito da defesa, ou da sentença, por exasperação indevida da pena aplicada.

Quanto ao primeiro pedido, sustentou a Defesa que, a despeito de o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ter rejeitado a preliminar de nulidade, sob o fundamento de se tratar de nulidade relativa preclusa pela não impugnação na ata de julgamento, evidencia-se que se cuida de nulidade absoluta, conforme disposto no Enunciado de Súmula nº 156 daquela Suprema Corte, que reputa absoluta a nulidade do julgamento pelo júri por falta de quesito obrigatório.

Em relação ao segundo pleito, aduziu a Defesa que o juiz, na primeira fase de fixação da pena, não fundamentou a exasperação acima do mínimo legal cominado para o crime de homicídio.

Apreciada a impetração pelo colegiado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a ordem foi parcialmente concedida, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, apenas para anular a sentença na parte da aplicação da pena.

Os fundamentos lançados pelo Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para não declarar a nulidade pela falta de quesito foram estes: 1) inicialmente, o Relator reconheceu tratar-se de caso de nulidade absoluta, afastando, pois, a preclusão; 2) mesmo sendo hipótese de nulidade absoluta, vislumbrou que, não obstante a falta de quesito sobre uma das teses defensivas do réu, não havia nulidade, pois verificou que não houve prejuízo pela falta de um dos quesitos; 3) funda a ausência de prejuízo em razão de que, o Júri, questionado acerca da presença da atenuante genérica de ter praticado o crime sob influência de violenta emoção, não a reconheceu, negando o quesito, não podendo, dessa forma, acaso tivesse tido a quesitação do homicídio privilegiado invocado, “afirmar sem contradição que a emoção do agente houvesse decorrido de injusta provocação da vítima”, salientando que “o Júri que negou o menos não poderia afirmar o mais”.

Por sua vez, o Relator, sem adentrar se era hipótese de nulidade absoluta e sem fazer menção expressa a eventual prejuízo, reconheceu a nulidade da sentença na parte da aplicação da pena, por inobservância às garantias constitucionais consagradas nos artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal de 1988, que exige a motivação de todas as decisões judiciais, *in casu*, a individualização da pena.

#### 4.1.2 Habeas Corpus nº 81.510-3/PR<sup>103</sup>

De relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado na sessão da Primeira Turma do dia 11/12/2001, o acórdão do HC nº 81.510-3/PR restou assim ementado

*I. Juizado Especial Criminal: incompetência para o processo dos crimes descritos nos arts. 303, 306 e 308 do C. Trânsito: inteligência do art. 291 e parágrafo do CTB c/c art. 61 L. 9.099/95. 1. Embora o pudesse ter feito, o CTB não converteu em infrações penais de “menor potencial ofensivo”, para o fim de incluí-los na competência dos Juizados Especiais, os crimes tipificados nos seus arts. 303 (lesão corporal no trânsito), 306 (embriaguez*

<sup>103</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC nº 81.510-3/PR, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 11 dez. 01, DJ 12.4.02, p. 617. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

ao volante) e 308 (participação em competição não autorizada): no art. 291, *caput*, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais foi limitada pela cláusula “no que couber”, bastante a excluí-la em relação aos delitos de trânsito cuja pena máxima cominada seja superior a um ano (L. 9.099/95, art. 61); no parágrafo único do mesmo artigo, cingiu-se o CTB a prescrever aos três crimes referidos – todos sujeitos a pena máxima superior a um ano – os arts. 74 (composição de danos civis no processo penal), 76 (transação penal) e 88 (exigência de representação para a persecução de lesões corporais). II. *Nulidade por incompetência do Juizado Especial: declaração sujeita à existência de prejuízo*. 2. O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas – qual, no caso, a incompetência do Juizado Especial – se a falta do inquérito policial – que não é garantia de defesa –, e a seqüência do procedimento da L. 9.099/95. perante Juíza que, na comarca, era a titular exclusiva da jurisdição penal, nenhum prejuízo em concreto acarretou à defesa do paciente. 3. Declaração de nulidade restrita, em consequência, ao acórdão confirmatório da sentença condenatória exarado por Turma Recursal dos Juizados Especiais.

Cuidou-se o presente de *habeas corpus* impetrado contra decisão de Turma Recursal do Juizado Especial Criminal de Arapongas/PR que, julgando apelação do paciente contra sentença que o condenara por infração aos artigos 306 e 309 do Código de Trânsito, rejeitou a preliminar de incompetência absoluta do Juizado Especial e, no mérito, confirmou a decisão recorrida.

Adentrando apenas no que tange à alegação de nulidade por incompetência absoluta do Juizado Especial Criminal, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que, apesar da manifesta incompetência do Juizado Especial, não vislumbrava a nulidade radical do processo pretendida, pois a impetração, “não logrou indicar, sequer insinuar, onde, em concreto, a defesa do paciente teria sido prejudicada pela seqüência do procedimento dos Juizados Especiais”.

Invocando o “princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais – corolário da natureza instrumental do processo – o velho *pas de nullité sans grief*, cujo domínio não se adstringe ao das nulidades relativas”, o Relator considerou não ter havido prejuízo para o paciente no processamento e julgamento dos autos do processo no Juizado

Especial em razão dos seguintes fundamentos: 1) o inquérito policial não é garantia da defesa; 2) a acusação, no rito do artigo 539 do Código de Processo Penal poderia arrolar até 05 (cinco) testemunhas, mas só arrolou 03 (três); 3) a defesa não arrolou testemunha; 4) a Juíza que proferiu a sentença é titular não apenas do Juizado Especial, mas também da única Vara Criminal da comarca de origem, razão pela qual não se cogitou de falta de jurisdição e sequer de incompetência absoluta.

Considerando, ademais, que a relevância do reconhecimento da incompetência do Juizado Especial se adstringia à conseqüente incompetência da Turma Recursal para decidir recurso ordinário da sentença condenatória, o Relator concedeu a ordem parcialmente, para “cassar a decisão da Turma Recursal”, determinando a “remessa dos autos ao Tribunal de Alçada do Estado Paraná, que julgará a apelação relativa ao mérito da sentença”, no que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros.

#### *4.1.3 Tabulação do entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal*

Da leitura do inteiro teor dos acórdãos obtidos com a pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pôde-se aferir 04 (quatro) variáveis de decisões distintas, as quais se passa a dividir em subtítulos.

Salienta-se que serão transcritas as ementas dos acórdãos em ordem cronológica crescente, tendo por base, inicialmente, a matéria tratada e a data do julgamento do *habeas corpus* ou do recurso, a fim de ser possível acompanhar a evolução da jurisprudência do Pretório Excelso.

##### **4.1.3.1 Nulidade absoluta. Sem qualquer referência a prejuízo.**

Observou-se nos julgados que se seguem, que o pronunciamento da nulidade postulada não adentrou no aspecto da ocorrência ou não de prejuízo, limitando-se os

relatores a reconhecerem que o ato foi praticado com inobservância a rito procedimental, ou formalidade legal, ocasionando violação a preceito constitucional – como ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana –, ensejando o pronunciamento da nulidade vindicada.

Nos quatro primeiros casos, a nulidade argüida operou-se devido a não observância de formalidade legal, como ausência de intimação do advogado constituído; comparecimento do autor do fato em audiência preliminar, em sede de juizado especial criminal, desacompanhado de advogado ou defensor público; julgamento realizado perante órgão colegiado em que não se obteve quórum mínimo previsto em regimento; e, por fim, prolação de sentença condenatória sem apresentação de alegações finais.

*HC nº 89.108-0/RS. Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Ausência de intimação para a sessão de julgamento e do conteúdo decisório. Advogado constituído. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Nulidade absoluta. Novo julgamento. I. A ausência de intimação do advogado constituído para a sessão do julgamento e da decisão proferida gera sua nulidade, impondo-se novo pronunciamento judicial. II. Ordem concedida.*<sup>104</sup>

*HC nº 88.797-0/RJ. Ementa: Habeas corpus. Juizados especiais criminais. Audiência preliminar. Ausência de advogado e de defensor público. Nulidade. Os artigos 68, 72 e 76, § 3º, da Lei n. 9.099/90 exigem, expressamente, o comparecimento do autor do fato na audiência preliminar, acompanhado de seu advogado ou, na ausência deste, de defensor público. A inobservância desses preceitos traduz nulidade absoluta. Hipótese em que o paciente não foi amparado por defesa técnica nem lhe foi nomeado defensor público na audiência preliminar na qual proposta a transação penal. Ordem concedida.*<sup>105</sup>

*HC nº 92.418-2/RJ. Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Magistrado: impedimento. Acórdão: vício insanável. Nulidade absoluta do ato praticado. Ausência do quórum mínimo regimental: artigo 179 do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus deferido para declarar nulo o*

---

<sup>104</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 89.108-0/RS, Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 08 ago. 06, DJ 25.8.06, p. 610. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>105</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC nº 88.797-0/RJ, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 22 ago. 06, DJ 15.9.2006, p. 149. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça e determinar novo julgamento.<sup>106</sup>

*HC nº 92.680-1/SP. Ementa: Ação Penal. Processo. Defesa. Alegações finais. Não apresentação pelo patrono constituído. Intimação prévia regular. Nomeação de defensor dativo ou público para suprir a falta. Medida não providenciada pelo juízo. Julgamento subsequente da causa. Condenação do réu. Inadmissibilidade. Cerceamento de defesa caracterizado. Violação do devido processo legal. Nulidade processual absoluta. Pronúncia. HC concedido, em parte, para esse fim. Precedentes. Interpretação dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, e 261, 499, 500 e 564 do CPP. Padece de nulidade absoluta o processo penal em que, devidamente intimado, o advogado constituído do réu deixa de apresentar alegações finais, sem que o juízo, antes de proferir sentença condenatória, lhe haja designado defensor dativo ou público para suprir a falta.<sup>107</sup>*

Nesses dois últimos julgados, o pronunciamento da nulidade absoluta almejada deu-se em razão da inobservância do rito procedimental traçado na Lei nº 10.409/2002, afigurando ofensa ao princípio do devido processo legal.

*RE nº 515.427-1/GO. Ementa: 1. Recurso extraordinário. Matéria criminal. 2. Inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002. 3. Nulidade absoluta. Violação ao direito de defesa e ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STF. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento 6. Concessão de habeas corpus de ofício para determinar a expedição de alvará de soltura a fim de que o recorrido seja colocado imediatamente em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (CPP, art. 654, § 2º).<sup>108</sup>*

*HC nº 93.779-9/SC. Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Tráfico de entorpecentes. Inobservância do rito do art. 38 da lei n. 10.409/06. Nulidade absoluta. Anulação, ab initio, da ação penal. Substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Prejudicialidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está alinhada no sentido de que a inobservância do rito processual traçado no art. 38 da Lei n. 10.409/06 gera nulidade absoluta. Anulação, ab initio, da ação penal, resultando prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Ordem concedida.<sup>109</sup>*

<sup>106</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 92.418-2/RJ, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 30 out. 07, 23.11.07, p. 684. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>107</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC nº 92.680-1/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 24.4.08, p. 1148. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>108</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, RE nº 515.427-1/GO, Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 ago. 07, DJ 14.9.07, p. 971. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>109</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, HC nº 93.779-9/SC, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 17.4.08, p. 1007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

Logo, do levantamento de 34 (trinta e quatro) julgados, 06 (seis) deles dispensaram qualquer menção a ocorrência ou não de prejuízo no caso concreto e, tampouco fizeram alusão à presunção de prejuízo, cingindo-se a detectar que o processo estava eivado de nulidade absoluta, por afronta a princípio constitucional, correspondendo, pois, a 18% (dezoito por cento) do total.

#### **4.1.3.2 Nulidade absoluta. Desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo.**

Nestes 03 (três) acórdãos que se seguem, constatou-se que a inobservância de rito procedimental gerou nulidade absoluta, fundando os relatores na desnecessidade de demonstração do efetivo prejuízo quando se tratar de nulidade absoluta.

Destaca-se que nos três acórdãos a declaração da nulidade absoluta vindicada foi em decorrência da não intimação de advogado para a prática de diferentes atos processuais, implicando em ofensa ao princípio da ampla defesa.

*RHC nº 85.443-5/SP. Ementa: 1. Defesa: Defensoria Pública: ausência de intimação pessoal da pauta de julgamento do recurso em sentido estrito: nulidade absoluta: precedentes. 2. Sustentação oral frustrada pela ausência de intimação da pauta de julgamento: demonstração de prejuízo: prova impossível (v.g., HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926). Frustrado o direito da parte à sustentação oral, nulo o julgamento, não cabendo reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada aquela oportunidade legal de defesa, outra teria sido a decisão do recurso.*<sup>110</sup>

*HC nº 89.190-0/MS. Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Falta de intimação pessoal de defensor público. Nulidade absoluta. Precedentes. Desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo. Precedentes. Acórdão anulado para que outro seja prolatado. Ordem concedida. 1. O art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 prevê a necessidade de intimação pessoal do Defensor Público de todos os atos do processo, sem a qual, acarreta nulidade do acórdão prolatado. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que é desnecessária a comprovação do efetivo prejuízo para que*

---

<sup>110</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, RHC nº 85.443-5/SP, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 19 abr. 05, DJ 13.5.05, p. 282. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

tal nulidade seja declarada. 3. Ordem concedida, para que, após a regular intimação do defensor público, proceda-se a novo julgamento.<sup>111</sup>

*HC nº 91.566-3/RJ. Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Ausência de intimação do advogado para a sessão de julgamento e do conteúdo decisório: cerceamento de defesa: caracterização. Nulidade absoluta. Precedentes. Habeas corpus concedido.* 1. A mera intimação da inclusão do recurso em pauta não assegura a data exata em que ocorrerá o julgamento nem garante, então, ao representante legal do Paciente o direito de comparecer ao julgamento para efetivar a defesa oral, na forma dos arts. 554 e 565 do CPC. 2. A ausência de intimação para a data da sessão de julgamento pode ser, assim, considerada causa de nulidade do ato praticado nessa condição, inclusive por ter sido frustrada eventual possibilidade de sustentação oral. Precedentes. 3. *Habeas corpus* concedido.<sup>112</sup>

Logo, do levantamento de 34 (trinta e quatro) julgados, em 03 (três) deles, o que corresponde a 9% (nove por cento), os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela prescindibilidade de comprovação do prejuízo para a declaração da nulidade absoluta.

#### **4.1.3.3 Nulidade absoluta. Prejuízo evidente.**

Em 12 (doze) casos, os Ministros da Suprema Corte entenderam que a nulidade absoluta apontada tornava flagrante o prejuízo, por afronta à garantia constitucional do devido processo legal, nele abrangidos o contraditório e a ampla defesa.

Os três primeiros julgados colacionados compreendem a declaração da nulidade absoluta pela prática de atos processuais em que não houve a intimação de advogado para acompanhar a sua produção, violando o direito à ampla defesa.

*RHC nº 87.172-1/GO. Ementa: Processo Criminal. Defesa. Cerceamento caracterizado. Ré interrogada sem a presença de defensor, no dia de início de vigência da Lei nº 10.792, de 2003, que deu nova redação ao art. 185 do Código de Processo Penal. Sentença que, para a condenação, se valeu do teor desse interrogatório. Prejuízo manifesto. Nulidade absoluta reconhecida. Provimento ao recurso, com extensão da ordem a co-réu na mesma situação processual. É causa de nulidade processual absoluta ter sido o réu qualificado e interrogado sem a presença de defensor, sobretudo*

<sup>111</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 89.190-0/MS, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 27.10.06, p. 558. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>112</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 91.566-3/RJ, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 04 set. 07, DJ 28.9.07, p. 564. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

quando sobrevém sentença que, para o condenar, se vale do teor desse interrogatório.<sup>113</sup>

*HC nº 92.569-3/MS. Ementa: Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Nulidades. Réu não encontrado por erro no mandado. Citação editalícia. Falta de intimação de defensor público para sessão de julgamento. Nulidade. Ordem concedida. I - A nulidade que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da auto-defesa e de constituir defensor de sua livre escolha causa prejuízo evidente. II - Tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, por tratar-se de nulidade absoluta. III - É imprescindível a intimação pessoal do defensor público para sessão de julgamento, por força do disposto em lei. Precedentes da Corte. IV - Ordem concedida para anular o processo a partir da citação.*<sup>114</sup>

*HC nº 97.427-9/MG. Ementa: 1. Competência Criminal. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Caso de constrangimento ilegal manifesto. Conhecimento admitido, com atenuação do alcance do enunciado da súmula nº 691. Precedente. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. Ação Penal. Processo. Defesa. Cerceamento. Caracterização. Inquirição de testemunhas da acusação. Não intimação do defensor constituído, nem de defensor público ou ad hoc. Caso de nulidade absoluta. Prejuízo inerente à condenação do réu. Precedentes. Desnecessidade, porém, de renovação do processo, à conta de extinção da punibilidade por prescrição. HC concedido de ofício para pronunciá-la. É, desde o ato viciado, absolutamente nulo o processo em que, inquiridas testemunhas da acusação sem prévia intimação do defensor constituído, tenha sido o réu condenado.*<sup>115</sup>

No julgado que se segue foi declarada a nulidade absoluta vindicada por ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, haja vista que a denúncia era inepta, de maneira a impossibilitar o exercício da ampla defesa pelos acusados.

*HC nº 83.301-2/RS. Ementa: 1. Ação Penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa as garantias constitucionais do devido processo legal (due process of law). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal incorrente. Conhecimento da argüição em HC. Aplicação do art. 5º, incs.*

<sup>113</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, RHC nº 87.172-1/GO, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 15 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 1035. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>114</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC nº 92.569-3/MS, Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 24.4.08, p. 1102. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>115</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC nº 97.427-9/MG, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 570. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

*LIV e LV, da CF. Votos vencidos.* A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. 2. Ação Penal. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 21, § único, e 22, caput, da Lei 7.492/86. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação às pessoas jurídicas. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim. Extensão da ordem ao co-réu. Inteligência do art. 5º, incs. XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/86. Aplicação do art. 41 do CPP. Votos vencidos. No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito "crime societário", é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa.<sup>116</sup>

O acórdão que se segue pronunciou a nulidade absoluta por violação ao devido processo legal, em decorrência da não apreciação de pedido formulado no recurso da defesa, em que se almejava substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

*HC nº 87.917-9/GO. Ementa: Ação Penal. Decisão. Acórdão. Fundamentação. Falta. Nulidade absoluta. Caracterização. Sentença condenatória. Pena de detenção. Pedido de substituição por restritiva de direitos. Formulação no recurso da defesa. Não apreciação pela turma julgadora de Juizado Especial. Violação do devido processo legal. HC deferido. Precedentes. Aplicação dos arts. 381, III, e 564, IV, do CPP, e art. 93, IX, da CF. É absolutamente nula a decisão que, em processo criminal, deixa de apreciar pedido de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, formulado no recurso da defesa.*<sup>117</sup>

O próximo acórdão cuida de declaração de nulidade absoluta no âmbito do procedimento do Júri, em que se vislumbrou violação aos princípios da ampla defesa e ao contraditório, pelo fato de haver sido indeferida a juntada de documentos protocolados dentro do prazo legal.

<sup>116</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 83.301-2/RS, Relator originário: Marco Aurélio, Relator para o acórdão: Cezar Peluso, Brasília, DF, 16 mar. 04, DJ 06.8.04, p. 371. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>117</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 87.917-9/GO, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 11 abr. 06, DJ 09.6.06, p. 242. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

*HC n° 92.958-3/SP. Ementa: Habeas corpus. Processual Penal. Procedimento do Júri. Juntada de documentos para leitura requerida três dias antes da data em que a sessão se realizaria. Indeferimento. Art. 475 do CPP. Inteligência. Cerceamento à ampla defesa e ao contraditório. Nulidade absoluta. Prejuízo evidente. Ordem concedida.* 1. O pedido da defesa para juntada de documentos, cuja leitura pretendia realizar em plenário, não poderia ter sido indeferido, pois foi protocolizado exatos três dias antes da data do julgamento. Artigo 475 do Código de Processo Penal. Impossibilidade de interpretação extensiva para prejudicar o réu. 2. O prejuízo causado pelo indeferimento ofende o próprio interesse público, pois conduziu à prolação de um veredicto sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conhecimento dos jurados. Garantias do contraditório e da ampla defesa violadas. 3. Tratando-se de nulidade absoluta, não há de se falar em preclusão pelo mero fato de a irregularidade não ter sido argüida logo após o pregão, como determina o art. 571 do Código de Processo Penal. 4. Ordem concedida, para que novo julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular, garantida a leitura dos documentos cuja juntada foi indeferida pelo ato impugnado. Impossibilidade de *reformatio in pejus*.<sup>118</sup>

Em seis julgados, o pronunciamento da nulidade vindicada deu-se em razão da não observância do rito procedimental traçado na Lei n° 10.409/2002, entendendo os Ministros por configurar nulidade absoluta, ressaltando que, nestes casos, o prejuízo é evidente, por ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, compreendidos o do contraditório e o da ampla defesa.

*HC n° 86.680-8/SP. Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Rito do art. 38 da lei 10.409/2002. Inobservância. Existência de prejuízo para a defesa. Conhecimento e provimento do recurso.* A inobservância do rito do art. 38 da Lei 10.409/2002, que assegura o contraditório prévio ao denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes, resulta na nulidade do processo penal, desde o recebimento da denúncia. Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e provido.<sup>119</sup>

*RHC n° 95.775-7/RJ. Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Art. 38 da Lei 10.409/2002. Não observância. Nulidade absoluta. Recurso provido.* A não observância do procedimento previsto no art. 38 da (revogada) Lei 10.409/2002 acarreta a nulidade absoluta do processo penal, desde o recebimento da denúncia. Precedentes (RHC 86.680, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 28.4.2006, p. 48; e HC 94.027, rel. min. Ellen Gracie, rel.

<sup>118</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC n° 92.958-3/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 01 abr. 08, DJe 30.4.08, p. 587. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>119</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, RHC n° 86.680-8/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 13 dez. 05, DJ 28.4.06, p. 333. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

para o acórdão min. Joaquim Barbosa, DJe-206 de 31.10.2008). Recurso ordinário provido.<sup>120</sup>

*HC nº 87.346-4/MS. Ementa: Habeas corpus. Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes. Lei 6.368/76. Inobservância do art. 38 da Lei n. 10.409/02: cerceamento ao exercício de defesa: constrangimento caracterizado. Precedentes. 1. A não observância do rito instituído pela Lei n. 10.409/02, art. 38, acarreta a nulidade do processo penal desde o recebimento da denúncia. 2. Habeas corpus concedido.*<sup>121</sup>

*HC nº 90.226-0/SP. Ementa: Habeas Corpus. Súmula 691/STF. Inaplicabilidade ao caso. Ocorrência de situação excepcional que afasta a restrição sumular. Direito ao contraditório prévio (Lei nº 10.409/2002, art. 38). Revogação desse diploma legislativo. Irrelevância. Exigência mantida na novíssima lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55). Inobservância dessa fase ritual pelo juízo processante. Nulidade processual absoluta. Ofensa ao postulado constitucional do "due process os law". Execução da medida de segurança antes do trânsito em julgado da sentença que impôs internação em hospital psiquiátrico. Impossibilidade (LEP, art. 171). "Habeas corpus" concedido "ex officio".* A inobservância do rito procedimental previsto na (revogada) Lei nº 10.409/2002 configurava típica hipótese de nulidade processual absoluta, sendo-lhe ínsita a própria idéia de prejuízo, eis que o não-cumprimento do que determinava, então, o art. 38 do diploma legislativo em causa comprometia o concreto exercício, pelo denunciado, da garantia constitucional da plenitude de defesa. Precedentes. - Subsistência, na novíssima Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55), dessa mesma fase ritual de contraditório prévio, com iguais conseqüências jurídicas, no plano das nulidades processuais, se descumprida pelo magistrado processante. - A exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das perseguições penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu. Precedentes. - A Lei de Execução Penal, ao dispor sobre o cumprimento das medidas de segurança, determina, tratando-se de internação em hospital psiquiátrico, que esta apenas se efetive mediante "guia expedida pela autoridade judiciária" (art. 172), o que somente é possível depois de "Transitada em julgado a sentença que aplicar a medida de segurança (...)" (LEP, art. 171).<sup>122</sup>

*HC nº 93.581-8/SP. Ementa: Habeas Corpus. Direito ao contraditório prévio (Lei nº 10.409/2002, art. 38). Revogação desse diploma legislativo. Irrelevância. Exigência mantida na novíssima lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55). Inobservância dessa fase ritual pelo juízo processante. Nulidade processual absoluta. Ofensa ao postulado constitucional do "due process os law". Pedido deferido.* A inobservância do

<sup>120</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma, RHC nº 95.775-7/RJ, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 14 abr. 09, DJe 07.5.09, p. 703. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>121</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 87.346-4/MS, Relator originário: Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 15 ago. 06, DJ 08.6.07, p. 349. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>122</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC nº 90.226/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 18 dez. 07, DJe 14.5.09, p. 221. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

rito procedimental previsto na (revogada) Lei nº 10.409/2002 configurava típica hipótese de nulidade processual absoluta, sendo-lhe ínsita a própria idéia de prejuízo, eis que o não-cumprimento do que determinava, então, o art. 38 do diploma legislativo em causa comprometia o concreto exercício, pelo denunciado, da garantia constitucional da plenitude de defesa. Precedentes. Subsistência, na novíssima Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55), dessa mesma fase ritual de contraditório prévio, com iguais conseqüências jurídicas, no plano das nulidades processuais, se descumprida pelo magistrado processante. A exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das perseguições penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu. Precedentes.<sup>123</sup>

*HC nº 98.382-1/SP. Ementa: Habeas Corpus. Direito ao contraditório prévio (Lei nº 10.409/2002, art. 38). Revogação desse diploma legislativo. Irrelevância. Exigência mantida na novíssima lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55). Inobservância dessa fase ritual pelo juízo processante. Nulidade processual absoluta. Ofensa ao postulado constitucional do "due process of law". Pedido deferido.* A inobservância do rito procedimental previsto na (revogada) Lei nº 10.409/2002 configurava típica hipótese de nulidade processual absoluta, sendo-lhe ínsita a própria idéia de prejuízo, eis que o não-cumprimento do que determinava, então, o art. 38 do diploma legislativo em causa comprometia o concreto exercício, pelo denunciado, da garantia constitucional da plenitude de defesa. Precedentes. Subsistência, na novíssima Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55), dessa mesma fase ritual de contraditório prévio, com iguais conseqüências jurídicas, no plano das nulidades processuais, se descumprida pelo magistrado processante. - A exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das perseguições penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu. Precedentes.<sup>124</sup>

Dessarte, dos 34 (trinta e quatro) julgados obtidos na pesquisa, 12 (doze) apontaram que o prejuízo pela inobservância de garantias processuais constitucionais é evidente, e, não, presumido, acarretando o pronunciamento da nulidade absoluta do ato.

Estas decisões corresponderam ao segundo maior percentual, 35% (trinta e cinco por cento).

<sup>123</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 93.581-8/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 10 jun. 08, DJe 26.3.09, p. 216. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>124</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC nº 98.382-1/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 06.8.09, p. 930. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

#### 4.1.3.4 Nulidade absoluta. Necessidade de demonstração do prejuízo. Prejuízo não configurado.

Por outro lado, em 13 (treze) julgados foi exigida a demonstração do prejuízo no caso concreto e, diante da não configuração do mesmo, os Ministros entenderam pelo não cabimento da declaração da nulidade absoluta.

Nos quatro primeiros acórdãos, a pretendida declaração da nulidade absoluta decorreu de alegada inobservância ao procedimento do Júri. Contudo, diante da não demonstração de que a falta dos termos e fórmulas legalmente estabelecidas acarretaram prejuízo para as partes, os Ministros, aplicando o entendimento de que o dogma *pas de nullité sans grief* também se aplica às nulidades absolutas, deixaram de pronunciá-la.

*HC nº 76.567-1/RJ. Ementa: I. Júri: quesitos: erro de formulação que não prejudicou a defesa: nulidade não declarada pas de nullité sans grief. 1. A omissão de quesito relativo à defesa é nulidade absoluta (Súmula 156), portanto, em tese, não preclusa pela falta de argüição na sessão do Júri. 2. Mas, ainda sobre a nulidade absoluta, prevalece o dogma pas de nullité sans grief, corolário da instrumentalidade essencial das normas processuais. 3. O privilégio invocado pela defesa e não indagado aos jurados – ter sido o crime “cometido sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima” (CP, art. 121, § 1º) – contém em si a atenuante genérica, objeto do quesito erroneamente formulado – ter sido o crime cometido “sob a influência de violenta emoção provada por ato injusto da vítima” (C, art. 65, III, c), de tal forma que esta – a atenuante – pode ocorrer sem que se caracterize a causa especial de diminuição de pena, mas não o contrário: desse modo, negado o menos – a atenuante genérica – não poderá o Júri, sem contradição, afirmar o mais – o privilégio: donde, a falta de prejuízo na omissão de quesito sobre o último. II. Sentença condenatória: fundamentos da pena aplicada: nulidade se as circunstâncias nela articuladas não guardam coerência lógico-jurídica com a exacerbação da pena que pretendeu motivar.<sup>125</sup>*

*AgRg no AI nº 559.632-9/MG. Ementa: 1. Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, para afastar as nulidades argüidas, limitou-se a interpretar e aplicar a legislação ordinária pertinente (C. Pr. Penal, arts. 475; 563; e 578, VIII), a cujo reexame não se presta o RE: incidência mutatis matandis, do princípio da Súmula 636. 2. Nulidades processuais: ausência de prejuízo: “pas de nullité sans grief”. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se adstringe ao das nulidades relativas o domínio do princípio fundamental da disciplina das nulidades*

<sup>125</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 76.567-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 abr. 98, DJ 22.5.98, p. 283. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

processuais – o velho *pas de nullité sans grief* –, corolário da natureza instrumental do processo, donde – sempre que possível – ser exigida a prova do prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta (HC 81.510, Pertence, 1ª T., DJ 12.4.02; HC 74.671, Velloso, 2ª T., DJ 11.4. 97). 3. *Júri: proibição de produção ou leitura de documento no plenário do Júri: nulidade que, além de relativa, não se configura quando o documento impugnado não chegou a ser lido em plenário: precedentes.*<sup>126</sup>

*HC nº 89.200-1/RJ. Ementa: Júri: ausência de quesito relativo à desclassificação de homicídio doloso para culposo: nulidade inexistente, no caso.* 1. A omissão de quesito relativo à defesa é nulidade absoluta (Súmula 156), portanto, em tese, não preclusa pela falta de arguição na sessão do Júri. 2. No caso, contudo, não ocorreu nulidade: se a tese da prática de homicídio culposo não foi abordada pela defesa do paciente, não poderia o magistrado submeter tal questão à apreciação do Conselho de Sentença (C.Pr.Penal, art. 484).<sup>127</sup>

*HC nº 92.819-6/RJ. Ementa: Direito penal e processual penal. Habeas corpus. Nulidade absoluta. Procedimento do júri. Falta de comparecimento de testemunha. Ausência de prejuízo. Dosimetria da pena. Continuidade específica. Tentativas de homicídio duplamente qualificado. Denegação da ordem.* 1. Duas são as questões de direito tratadas neste *habeas corpus*: a) pretensa nulidade absoluta no julgamento do paciente pelo tribunal do júri em razão do não-comparecimento de duas testemunhas; b) alegado equívoco na dosimetria da pena imposta ao paciente devido à continuidade delitiva. 2. No Direito brasileiro, a falta de qualquer das testemunhas não será motivo para o adiamento da sessão do tribunal do júri, salvo se alguma das partes houver requerido sua intimação, declarando expressamente não prescindir do depoimento, com indicação de seu paradeiro para intimação (CPP, art. 455, caput). 3. Com o advento da Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008 (que ainda não está em vigor, devido ao prazo de *vacatio legis*), há clara indicação do desestímulo quanto à não-realização da sessão de julgamento pelo tribunal do júri. Assim, o julgamento não será adiado em razão do não comparecimento do acusado solto, do assistente de acusação ou do advogado do querelante que fora regularmente intimado (nova redação do art. 457, do CPP). A respeito do não comparecimento de testemunha, o art. 461, do CPP (na nova redação dada pela referida Lei nº 11.689/08), reproduz substancialmente o tratamento atual. 4. Não houve o apontado vício na sessão de julgamento, tanto assim é que constou da própria ata de julgamento o requerimento feito pela defesa no sentido da substituição de testemunha, o que foi indeferido. 5. O Direito Processual Penal, na contemporaneidade, não pode mais se basear em fórmulas arcaicas, despidas de e fetividade e distantes da realidade subjacente, o que é revelado pelo recente movimento de reforma do Código de Processo Penal com a edição das Leis nºs. 11.689 e 11.690, ambas de 09 de junho de 2008, inclusive com várias alterações no âmbito do procedimento do tribunal do júri. 6. O regime das nulidades processuais no Direito Processual Penal é regido por determinados princípios, entre os quais aquele representado pelo brocardo

<sup>126</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, AgRg no AI nº 559.632-9/MG, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 06 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 4789. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>127</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 89.200-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 15.9.06, p. 169. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

*pas de nullité sans grief*. A impetrante não indica, concretamente, qual teria sido o prejuízo sofrido pelo paciente. 7. Ao paciente foi reconhecida a presença de continuidade específica nas tentativas de homicídio duplamente qualificado. O aumento da pena em razão do crime continuado se fundamentou na regra consoante a qual nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas até o triplo (CP, art. 71, parágrafo único), levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, especialmente as de índole subjetiva. 8. Houve adequada e expressa fundamentação no acórdão do Tribunal de Justiça a respeito do fator de aumento da pena corporal em razão do crime continuado específico, havendo apenas o limite da pena fixada pelo crime continuado não ultrapassar a pena do concurso material, o que foi rigorosamente observado no julgamento da apelação. 9. *Habeas corpus* denegado.<sup>128</sup>

No julgado seguinte igualmente não foi pronunciada a nulidade absoluta no âmbito do juizado especial criminal, por entenderem os Ministros que, mesmo sendo o juizado incompetente para o processo e julgamento de determinados crimes descritos no Código de Trânsito Brasileiro, não foi comprovada ocorrência de qualquer prejuízo para as partes, de maneira a não ensejar a declaração almejada.

*HC nº 81.510-3/PR. Ementa: I. Juizado Especial Criminal: incompetência para o processo dos crimes descritos nos arts. 303, 306 e 308 do C. Trânsito: inteligência do art. 291 e parágrafo do CTB c/c art. 61 L. 9.099/95. 1. Embora o pudesse ter feito, o CTB não converteu em infrações penais de “menor potencial ofensivo”, para o fim de incluí-los na competência dos Juizados Especiais, os crimes tipificados nos seus arts. 303 (lesão corporal no trânsito), 306 (embriaguez ao volante) e 308 (participação em competição não autorizada): no art. 291, *caput*, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais foi limitada pela cláusula “no que couber”, bastante a excluí-la em relação aos delitos de trânsito cuja pena máxima cominada seja superior a um ano (L. 9.099/95, art. 61); no parágrafo único do mesmo artigo, cingiu-se o CTB a prescrever aos três crimes referidos – todos sujeitos a pena máxima superior a um ano – os arts. 74 (composição de danos civis no processo penal), 76 (transação penal) e 88 (exigência de representação para a persecução de lesões corporais). II. Nulidade por incompetência do Juizado Especial: declaração sujeita à existência de prejuízo. 2. O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas – qual, no caso, a incompetência do Juizado Especial – se a falta do inquérito policial – que não é garantia de defesa –, e a seqüência do procedimento da L. 9.099/95. perante Juíza que, na comarca, era a titular exclusiva da jurisdição penal, nenhum prejuízo em concreto acarretou à defesa do paciente. 3. Declaração de nulidade restrita, em consequência, ao acórdão*

<sup>128</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 92.819-6/RJ, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 jun. 08, DJe 14.8.08, p. 466. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

confirmatório da sentença condenatória exarado por Turma Recursal dos Juizados Especiais.<sup>129</sup>

Nos próximos cinco acórdãos, a pretendida declaração de nulidade absoluta decorreu de não observância a forma legal, mas que, diante da não comprovação do prejuízo, não houve o acolhimento da pretensão postulada.

*RHC nº 84.903-2/RN. Ementa: I. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial: exceção atinente à magistratura (LOMAN, art. 33, parág. único): discussão que, no caso, recebida a denúncia por decisão definitiva, é desnecessário aprofundar, pois se irregularidades ocorreram no inquérito, não contaminaram a ação penal: prejuízo concreto não demonstrado. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. 3. Exceção atinente à magistratura (LOMAN, art. 33, parág. único) que, no caso, não cabe aprofundar, dado que não contaminam a ação penal eventuais irregularidades ocorridas no inquérito se a denúncia foi recebida - por decisão definitiva, exaurindo-se, assim, a função informativa dele; ademais, sequer se insinua que a condenação fundou-se em qualquer elemento colhido exclusivamente no inquérito, ou que, para ampará-la, não houvesse provas suficientes e autônomas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, quando, aí sim, se poderia falar em prejuízo concreto, exigido para o reconhecimento de qualquer nulidade, ainda que absoluta. II. Tribunal de Justiça: Ação penal originária em crime contra a vida imputado a magistrado que, uma vez condenado, teve a perda do cargo decretada: "quorum" para condenação: não aplicação do art. 27, § 6º, da LOMAN. 1. Não há falar que, por força do art. 27, §6º, da LOMAN, a condenação somente poderia ocorrer com o voto de 2/3 dos membros do colegiado. Referido artigo, que dispõe sobre o procedimento para a decretação da perda do cargo, nada tem a ver com o julgamento de ação penal originária em crime contra a vida imputado a magistrado que, uma vez condenado, teve a perda do cargo decretada. Para a condenação, no caso, basta a maioria de votos, que não se questiona.<sup>130</sup>*

*HC nº 92.235-0/PE. Ementa: Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Crime de peculato (art. 312 do CP). Condenação mantida no Superior Tribunal de Justiça. Embargos declaratórios em recurso especial. Participação de Ministros impedidos no julgamento dos embargos. Decisão unânime. A exclusão dos votos dos Ministros impedidos não modifica o resultado do julgamento. Inutilidade de pronunciamento da nulidade absoluta. Aplicação do art. 563 do CPP. Precedente. Habeas corpus*

<sup>129</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 81.510-3/PR, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 11 dez. 01, DJ 12.4.02, p. 617. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>130</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, RHC nº 84.903-2/RN, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 16 nov. 04, DJ 04.2.05, p. 267. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

*denegado e liminar cassada.* 1. O pronunciamento da nulidade absoluta não terá nenhum efeito prático no mundo jurídico, devendo imperar, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. 2. Não há nenhuma utilidade na anulação de julgamento que teve como resultado votação unânime pela rejeição dos embargos, pois a subtração dos votos dos Ministros impedidos não teria o condão de modificar o resultado antes verificado. 3. *Habeas corpus* denegado e liminar cassada.<sup>131</sup>

*HC nº 92.568-5/SP. Ementa: Ação penal. Sentença condenatória. Recurso. Manifestação pessoal pelos réus. Razões apresentadas pelo patrono que não fora intimado da sentença. Apelação regularmente processada. Prejuízo inexistente. Nulidade absoluta presumida não caracterizada. HC denegado. Precedente.* Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu.<sup>132</sup>

*HC nº 97.062-1/PE. Ementa: Processual penal. Habeas corpus. Crimes de latrocínio e lesão corporal. Alegação de nulidade em razão de colidência de defesas e nomeação de defensor dativo ao réu sem sua prévia intimação. Inexistência. Ausência de efetivo prejuízo para a defesa. Precedentes. Ordem denegada.* 1. A nomeação de um só defensor para co-réus com defesas colidentes por ocasião da audiência de acareação, não é capaz de acarretar a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal. 2. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (HC 85.155, de minha relatoria, DJ 15.04.2005). 3. Ademais, “a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a alegação de colidência de defesas somente pode ser reconhecida em hipóteses nas quais a impetração comprove, de plano, que a tese sustentada pela defesa na origem com relação a um dos co-réus tenha sido apta para atribuir, com exclusividade, os indícios de autoria e materialidade quanto a outro(s) co-réu(s). É dizer, a defesa do paciente em sede de habeas corpus deve apresentar argumentos e documentos que demonstrem o efetivo prejuízo em razão da alegada colidência entre as defesas (*pas de nullité sans grief*)” (HC 85.017, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03.08.2007). 4. Por fim, “a intimação do réu para que constitua outro defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído. Não é, todavia, necessária quando o defensor falta ao dever de atuar” (HC 85.014/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11.03.2005). 5. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.<sup>133</sup>

*HC nº 82.899-0/SP. Ementa: Ação penal. Processo. Audiência. Inquirição de testemunhas da acusação. Réu preso ausente, embora requisitado. Ato realizado a pedido do defensor constituído. Ausência de prejuízo ao réu. Nulidade inexistente. HC denegado. Precedentes.* Não há, no processo penal,

<sup>131</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC nº 92.235-0/PE, Relator: Menezes Direito, Brasília, DF, 06 nov. 07, DJe 14.2.08, p. 577. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>132</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC nº 92.568-5/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 18 nov. 08, DJe 04.12.08, p. 239. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>133</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC nº 97.062-1/PE, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 31 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 726. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu.<sup>134</sup>

Em três julgados, a nulidade vindicada deu-se em razão da não observância do rito procedimental traçado na Lei nº 10.409/2002, mas, a despeito de haver sido concedida a ordem em outros *habeas corpus* que tratavam da mesma matéria em face da simples constatação de se tratar de nulidade absoluta, nestes, exigiu-se a demonstração do efetivo prejuízo para o seu pronunciamento.

*HC nº 85.155-0/SP. Ementa: Habeas corpus. Processo penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Procedimento. Lei 10.409/2002. Nulidade. Prejuízo.* 1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002). 2. Ordem indeferida.<sup>135</sup>

*HC nº 86.166-1/CE. Ementa: Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Rito da Lei n. 10.409/02. Inobservância. Nulidade absoluta ou relativa. Exigência da demonstração de prejuízo.* 1. Tráfico de entorpecentes. Inobservância do rito da Lei n. 10.409/02, no que tange à realização de dois interrogatórios: um antes do recebimento da denúncia (art. 38) e outro na audiência de instrução e julgamento (art. 41). 2. A Juíza sentenciante concentrou, em um só ato, os dois interrogatórios, possibilitando ao paciente e a seu advogado esclarecimentos a propósito dos fatos imputados, na forma do artigo 185 do Código de Processo Penal. A defesa técnica fez todos os questionamentos a seu juízo pertinentes, sem nada reclamar. 3. A alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Ordem denegada.<sup>136</sup>

*HC nº 95.847-8/MG. Ementa: Processual penal. Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Procedimento da Lei nº 10.409/02. Ausência do segundo interrogatório. Falta de demonstração de efetivo prejuízo. Paciente interrogada em juízo antes do recebimento da denúncia. Inexistência de nulidade. Art. 563 do CPP. Precedentes do STF. Ordem denegada.* 1. A questão debatida no presente *writ* diz respeito à possível nulidade processual decorrente da ausência do segundo interrogatório da paciente, por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento, como determina o art. 41 da revogada Lei nº 10.409/02. 2. O impetrante não demonstrou, em nenhum

<sup>134</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC nº 82.899-0/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 142. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>135</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, HC nº 85.155-0/SP, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 22 mar. 05, DJ 15.4.05, p. 568. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

<sup>136</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, HC nº 86.166-1/CE, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 17 nov. 05, DJ 17.2.06, p. 247. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

momento, qualquer prejuízo para a paciente decorrente da falta do segundo interrogatório previsto no art. 41 da revogada Lei nº 10.409/02. 3. De acordo com o que consta dos autos, a paciente foi interrogada em Juízo, antes do recebimento da denúncia, tendo apresentado defesa prévia escrita, memoriais e alegações finais, tudo através de advogado constituído. 4. O fato de não ter sido novamente interrogada por ocasião da audiência de instrução e julgamento não é capaz de acarretar a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal. 5. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (HC 85.155, de minha relatoria, DJ 15.04.2005). 6. Ante o exposto, denego a ordem.<sup>137</sup>

Assim, dos 34 (trinta e quatro) julgados, 13 (treze) deles se enquadram na delimitação do tema da presente monografia, correspondendo a 38% (trinta e oito por cento), nos quais houve a exigência da comprovação do efetivo prejuízo para a declaração da nulidade absoluta, sob o fundamento de que as nulidades absolutas, tal qual a relativa, exigem a demonstração do efetivo prejuízo para que sejam declaradas, porquanto também estão compreendidas no âmbito normativo do preceito *pas de nullité sans grief*.

## **4.2 A jurisprudência do STF frente às nulidades processuais penais absolutas**

Visando sintetizar o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, verificou-se que aquela Corte de Justiça não possui posicionamento uníssono acerca do tema: nulidade absoluta no processo penal.

Dos 34 (trinta e quatro) julgados obtidos com o argumento de pesquisa “penal e nulidade e absoluta e prejuízo”, traçado o período de 05.10.09 a 10.6.09, esses foram os resultados alcançados:

03 (três) - 9% (nove por cento) - decidiram pela desnecessidade de comprovação do prejuízo para a declaração da nulidade absoluta.

---

<sup>137</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma, HC nº 95.847-8/MG, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 556. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

06 (seis) - 18% (dezoito por cento) - pronunciaram a nulidade absoluta sem fazer qualquer menção à necessidade ou não de demonstração de prejuízo, não fazendo sequer alusão à presunção de prejuízo quando se tratar de nulidade absoluta.

12 (doze) - 35% (trinta e cinco por cento) - apontaram que o prejuízo pela inobservância de garantias processuais constitucionais é evidente, flagrante, acarretando o pronunciamento da nulidade absoluta do ato.

13 (treze) - 38% (trinta e oito por cento) – exigiram a comprovação do efetivo prejuízo para a declaração da nulidade absoluta, sob o fundamento de que as nulidades absolutas também o exigem para que sejam declaradas, porquanto estão compreendidas no âmbito normativo do preceito *pas de nullité sans grief*, tais quais as nulidades relativas.

Assim, conclui-se que o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o de que, a natureza instrumental do processo, aliada ao dogma normativo das nulidades processuais *pas de nullité sans grief*, exige a demonstração do efetivo prejuízo, mesmo em se tratando de nulidade processual absoluta.

## CONCLUSÃO

O propósito da pesquisa abarcou o estudo da lei, da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema nulidades no processo penal, delimitando-se na necessidade ou não de se observar o princípio do prejuízo também em sede de nulidades absolutas.

Abordados os aspectos doutrinários, foi possível extrair que a maior parte da doutrina afasta a aplicação do princípio do prejuízo nas nulidades absolutas, ao argumento de que nelas o prejuízo ou é presumido ou é evidente, por se tratar de inobservância de forma prevista em lei que atinge o interesse público.

Destaca-se que na pesquisa realizada foi possível alcançar apenas um doutrinador que segue o entendimento proposto neste trabalho monográfico, Paulo Rangel, o qual sustenta que se o ato processual deve ser praticado de uma determinada forma, não admitindo sanatória, não há que se pronunciar a nulidade se não o for e não houver prejuízo para as partes.

Uníssono, ao contrário, o entendimento acerca das demais características que envolvem as nulidades absolutas, porquanto estas não precluem, podendo ser arguidas de ofício pelo juiz ou por provocação das partes a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sofrendo, inclusive, os efeitos da coisa julgada.

Todavia, a proposta de trabalho apresentada objetivou não apenas o estudo doutrinário, mas se tencionou analisar o tema na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à luz da Constituição Federal de 1988.

Realizada a pesquisa de jurisprudência, foi possível confirmar a problematização apresentada no presente trabalho no sentido de que, por serem as nulidades absolutas compreendidas no âmbito normativo do preceito *pas de nullité sans grief*, exigem, por isso, a demonstração do efetivo prejuízo para que sejam declaradas.

Aludido entendimento foi obtido a partir da análise de 34 (trinta e quatro) acórdãos do Pretório Excelso, nos quais 13 (treze) deles, equivalendo a 38% (trinta e oito por cento) do total, exigiram, diante do pleito sustentado, a comprovação do efetivo prejuízo para a declaração da nulidade absoluta, sob o fundamento de que as nulidades absolutas também o exigem para que sejam declaradas, porquanto estão compreendidas no âmbito normativo do preceito *pas de nullité sans grief*, tais quais as nulidades relativas.

Ressalta-se que 12 (doze) julgados, posicionaram-se na esteira do que apregoa parte da doutrina, no sentido de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente.

Assim, vislumbra-se que, no âmbito das nulidades absolutas, a evolução do entendimento jurisprudencial deve receber o posicionamento ora mostrado como dominante, pois, considerando a natureza instrumental do processo, não sendo ele um fim em si mesmo e sim um instrumento da prestação jurisdicional, a inobservância de forma procedimental somente deveria ser pronunciada a nulidade absoluta se restasse demonstrado o prejuízo na prática desse ato em desconformidade com a lei e desde que a prática desconforme do ato não tenha atingido a sua finalidade, até mesmo para fazer prevalecer o preceito constitucional da duração razoável do processo.

Por outro lado, distinguir-se-iam as nulidades absolutas das relativas, pela não preclusão daquelas, pela possibilidade de declaração de ofício, e por não ser alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

Dessa forma, destaca-se, por fim, que, considerando a pesquisa realizada no presente trabalho, o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o de que, a natureza instrumental do processo, aliada ao dogma normativo das nulidades processuais *pas de nullité sans grief*, exige a demonstração do efetivo prejuízo mesmo em se tratando de nulidade processual absoluta, restando, pois, confirmada a problematização sugerida, entendendo-se que esta posição deve vir a ser adotada pela doutrina e pelos demais órgãos jurisdicionais, de modo a conferir ao processo a natureza instrumental que lhe é inerente, evitando-se o excesso de formalismo.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARRAL, Welber. **Direito internacional**: normas e práticas. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**: análise da prática jurisprudencial. Salvador: Podivm, 2008.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **STF súmulas selecionadas**. Vade Mecum acadêmico de direito/organização Luiz Flávio Gomes. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, AgRg no AI nº 559.632-9/MG, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 06 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 4789. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 76.567-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 14 abr. 98, DJ 22.5.98, p. 283. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 81.510-3/PR, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 11 dez. 01, DJ 12.4.02, p. 617. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 83.301-2/RS, Relator originário: Marco Aurélio, Relator para o acórdão: Cezar Peluso, Brasília, DF 16 mar. 04, DJ 06.8.04, p. 371. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 86.166-1/CE, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 17 nov. 05, DJ 17.2.06, p. 247. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 87.346-4/MS, Relator originário: Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 15 ago. 06, DJ 08.6.07, p. 349. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 87.917-9/GO, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 11 abr. 06, DJ 09.6.06, p. 242. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 89.108-0/RS, Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 08 ago. 06, DJ 25.8.06, p. 610. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 89.190-0/MS, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 27.10.06, p. 558. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 89.200-1/RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 ago. 06, DJ 15.9.06, p. 169. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 91.566-3/RJ, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 04 set. 07, DJ 28.9.07, p. 564. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 92.235-0/PE, Relator: Menezes Direito, Brasília, DF, 06 nov. 07, DJe 14.2.08, p. 577. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 92.418-2/RJ, Relator: Cármen Lúcia, Brasília, DF, 30 out. 07, DJ 23.11.07, p. 684. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 92.569-3/MS, Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 24.4.08, p. 1102. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 92.819-6/RJ, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 jun. 08, DJe 14.8.08, p. 466. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 93.581-8/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 10 jun. 08, DJe 26.3.09, p. 216. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 95.847-8/MG, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 24 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 556. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, HC nº 97.062-1/PE, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 31 mar. 09, DJe 23.4.09, p. 726. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, RHC nº 84.903-2/RN, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 16 nov. 04, DJ 04.2.05, p. 267. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, RHC nº 85.443-5/SP, Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 19 abr. 05, DJ 13.5.05, p. 282. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma, RHC nº 87.172-1/GO, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 15 dez. 05, DJ 03.2.06, p. 1035. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 82.899-0/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 142. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 85.155-0/SP, Relator: Ellen Gracie, Brasília, DF, 22 mar. 05, DJ 15.4.05, p. 568. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 88.797-0/RJ, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 22 ago. 06, DJ 15.9.2006, p. 149. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 90.226/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 18 dez. 07, DJe 14.5.09, p. 221. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 92.568-5/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 18 nov. 08, DJe 04.12.08, p. 239. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 92.680-1/SP, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 24.4.08, p. 1148. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 92.958-3/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 01 abr. 08, DJe 30.4.08, p. 587. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 93.779-9/SC, Relator: Eros Grau, Brasília, DF, 11 mar. 08, DJe 17.4.08, p. 1007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 97.427-9/MG, Relator: Cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 25.6.09, p. 570. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, HC nº 98.382-1/SP, Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 02 jun. 09, DJe 06.8.09, p. 930. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, RE nº 515.427-1/GO, Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 ago. 07, DJ 14.9.07, p. 971. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, RHC nº 86.680-8/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 13 dez. 05, DJ 28.4.06, p. 333. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma, RHC nº 95.775-7/RJ, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 14 abr. 09, DJe 07.5.09, p. 703. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 09.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3º volume. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOVO, Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro**. Novo Enfoque e Comentário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.