

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MATHEUS SIMÕES NUNES

**A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES ABSOLUTAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE  
CRÍTICA**

SOUSA  
2013

MATHEUS SIMÕES NUNES

A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES ABSOLUTAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO  
E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Trabalho Monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA  
2013

MATHEUS SIMÕES NUNES

A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES ABSOLUTAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO  
E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Trabalho Monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientadora: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão

---

Profa. Maria da Luz Olegário

---

Profa. Rubasmate dos Santos Sousa

A Secundino Limeira Nunes, meu avô, *in memoriam*,  
inspiração de honestidade e dedicação, que, certamente,  
ficaria feliz e orgulhoso por mais uma etapa vencida.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, o mais profundo e sincero agradecimento, por me orientar pelos caminhos da retidão, me abençoando sempre com saúde, paz de espírito e sabedoria.

A minha mãe, Dalvimar, pelo papel fundamental que desempenha na minha vida, pelo apoio, orientação, dedicação, confiança e admiração.

A meu pai, José Ronaldo, por todo o apoio, confiança e incentivo, sempre como grande torcedor da minha felicidade e realização profissional.

A meu irmão, André, pela referência profissional exercida em todas as etapas da minha vida.

A meu irmão, Ronaldo, também meu amigo, pelo companheirismo e admiração.

A minha tia, Erika, exemplo de honestidade e credibilidade, por toda a orientação.

A meus avós, Secundino e Socorro, pelos conselhos experientes, que muito me acrescentaram como pessoa, cristão e profissional.

Aos demais familiares, pelo estímulo e apoio.

A Shaena, pela sincera amizade, presteza e admiração pela vocação profissional.

Aos amigos Dário, Luzinaldo Alexandre, Luiz Carlos, Iara, Monique, Bárbara, Érick, Daniela, Laryssa, Nathalia e Ana Flávia, pela amizade, paciência e companheirismo, além de toda a consideração e ajuda mútua. Com vocês, foram diminuídas as dificuldades inerentes aos anos de faculdade.

À Professora Jônica Marques Coura Aragão, pela orientação, comprometimento e confiança depositados na realização deste trabalho científico.

Aos Professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, por compartilharem seus conhecimentos na minha formação profissional, bem como na construção de um mundo mais justo.

A todos os demais profissionais que compõem o Centro de Ciências Jurídicas e Sociais: Diretores, Coordenadores e Funcionários que contribuíram para a minha formação acadêmica.

A todos vocês, ofereço um dos capítulos mais importantes da minha vida.

“Luta. Teu dever é lutar pelo Direito.  
Mas no dia em que encontrares o Direito em  
conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Couture

## RESUMO

Em se tratando de processo penal, o tema nulidades consiste em discussão que sempre desperta interesse e suscita polêmica, especialmente pelo notável alcance desse conteúdo dogmático na área dos direitos fundamentais do indivíduo em contraponto ao poder-dever estatal de aplicar a lei ao caso concreto, como forma de fazer justiça e produzir a paz social, a partir do manuseio do processo como instrumental irrefutável dessa prática. O presente trabalho possui o intuito de analisar a atuação do julgador no tratamento das nulidades do processo penal brasileiro, bem como estudar se o fenômeno da relativização das nulidades absolutas viola o direito humano fundamental ao devido processo legal. A relevância da temática apresenta-se através da celeuma doutrinária e jurisprudencial estabelecida em relação ao fenômeno da relativização das nulidades absolutas no processo penal brasileiro. Pretende-se estudar, nessa abordagem jurídico-normativa, se a mitigação das formas traçadas pela legislação infraconstitucional, em nome da celeridade e da economia processual, é dotada de capacidade para lesionar a Constituição Federal de 1988, mormente o direito humano fundamental ao devido processo legal. Neste contexto, percebe-se que, em razão da polissemia conceitual na classificação das nulidades, assim como em razão dos numerosos e divergentes julgados envolvendo o tema, demonstra-se a insegurança do jurisdicionado, e, por isso mesmo, demanda-se a realização de uma pesquisa aprofundada, inclusive acerca da efetividade dos preceitos constitucionais. Assim, em compasso com a proposta deste trabalho científico, aborda-se o tema à luz do senso teórico e jurisprudencial, de forma a promover uma análise sobre os reflexos da sobrevalorização da discricionariedade do julgador frente à lesão ao direito humano fundamental ao devido processo legal implícita no tratamento das nulidades no processo penal brasileiro. Para a análise em apreço, utilizam-se os métodos de abordagem o hipotético-dedutivo e o funcionalista-sistêmico; assim como o método de procedimento histórico. Já no que se refere às técnicas de pesquisa, o trabalho alicerça-se na documentação indireta, especialmente na pesquisa bibliográfica; e, em um segundo momento, quando da análise dos julgados dos Tribunais Superiores, também se utiliza da documentação indireta, empregada desta feita na pesquisa documental. Uma vez empreendida análise proposta, segundo a metodologia empregada para tal, conclui-se que a instrumentalidade do processo penal deve ser conferida em equilíbrio com as garantias processuais das partes, de modo a encontrar-se a justa medida que proporcione o respeito ao direito humano fundamental ao devido processo legal e à razoável duração do processo, acompanhada por manifesta participação dos sujeitos processuais.

Palavras-chave: Processo Penal. Nulidades. Julgador. Relativização. Devido Processo Legal.

## ABSTRACT

Dealing with the criminal procedure, the nullities theme always concerns and arouses controversy, especially because of the considerable dimension it takes in the sphere of the fundamental human rights in the opposite way of the State Power, which must apply the law in the concrete case fairly and without discrimination, making justice and maintaining the defense of social peace, based on handling of the criminal proceeding as a unquestionable instrument of this practice. This dissertation has the purpose of analyze the operation of the judge in the treatment of the nullities in the Brazilian criminal procedure, besides the study of the phenomenon of the absolute nullity relativisation and if it infringes the human rights which are essential to the due legal process. The relevance of this subject is showed through the controversy between doctrinal and jurisprudential position in relation of the phenomenon of the absolute nullity relativisation in the Brazilian criminal procedure. The objective is to study, in the legal and normative basis, if the reduction in the consequences of the infra-constitutional legislation established forms, on behalf of the celerity and procedural economy principles, is dotted of capacity to injure the Brazilian Federal Constitution, mainly the human right of the due legal process. In this context, what is perceived is that because of the polysemy of the concepts in the classification of the nullities, well as the reason of the numerous and diverse judgments involving this theme, demonstrates the insecurity for the ones under the jurisdiction, and, besides that, demands the realization of a deep research, including about the effectiveness of the constitutional guarantees. Then, in line with this scientific work purpose, the theme is discussed on the face of the theory and jurisprudential sense, in order to promote a review about reflections of the over-valuation of the discretion of the Judge in front of the damages on the human right of the due legal process implicit in the treatment of the nullities in the Brazilian criminal procedure. For an examination of the case in question, were used the hypothetical-deductive and the functionalist-systemic methods, as well as the method based on historical proceedings. In relation to the research techniques, this work is based in indirect documentation, specially about the bibliographic search; and, in a second moment, when the analyze is about all documentation judged by the Higher Courts, is also used indirect documentation, used this time in documentary research. Once undertaken the proposed analysis, according to the methodology used for this, it is concluded that the instrumentality of the criminal procedure must be conferred in balance with the parties' procedural guarantees, in such a way that a balance can be struck between the respect to the human right of the due legal process and the reasonable duration of process, accompanied by express participation of the main actors in the legal procedure.

Keywords: Criminal Procedure. Nullities. Judge. Relativisation. Due Legal Process.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. - Acórdão

a. C. – Antes de Cristo

ADI – Ação Direta de inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgReg. – Agravo Regimental

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

C. - Código

C/C – Combinado com

CCJS – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

Des. - Desembargador

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justiça

DJE – Diário de Justiça Eletrônico

DOU – Diário Oficial da União

Ed. – Editora

EDcl no REsp – Embargos de Declaração no Recurso Especial

HC – *Habeas Corpus*

L. - Lei

Min. – Ministro(a)

Nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

p. - Página

RE – Recurso Especial

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

Rel. – Relator(a)

Resp. – Recurso Especial

Rev. - Revista

RJ – Rio de Janeiro

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TJ – Tribunal de Justiça

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

V. - Volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 CONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB UMA VISÃO HISTÓRICO JURÍDICA.....</b>	<b>15</b>
2.1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICO-NORMATIVA .....	16
2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA ABRANGÊNCIA.....	25
2.3. SISTEMAS PROCESSUAIS E SUA CORRELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	32
<b>3 SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS.....</b>	<b>37</b>
3.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL FACE AOS SISTEMAS DE NULIDADES.....	38
3.2 DO RECONHECIMENTO JUDICIAL AO SANEAMENTO DAS NULIDADES: O ITER PROCESSUAL PENAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	50
<b>4 RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES PROCESSUAIS E VIOLAÇÃO AO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....</b>	<b>58</b>
4.1. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO ATENDIMENTO ÀS FORMALIDADES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	59
4.2 A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E VIOLAÇÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	67
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>88</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do processo moderno, especialmente do processo penal é, sem dúvida alguma, tornar-se mais célere e efetivo. Contudo, embora se reconheça necessária maior celeridade para que o processo se torne efetivo, há que se atentar para aspectos outros, cuja ausência de observância pode acarretar prejuízos tão ou mais danosos que os advindos da morosidade processual.

Considerando essa abordagem, o presente trabalho monográfico terá como definição temática estudar a atuação do magistrado frente ao reconhecimento e consequente aplicação da sanção-nulidade, bem assim os efeitos legais daí decorrentes, à luz da adequada interpretação da legislação processual penal em conformidade com os ditames constitucionais.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 é conhecida, historicamente, por Carta Cidadã. Deste diploma maior, advém toda a orientação norteadora do ordenamento jurídico brasileiro, onde se inclui o rol não exaustivo de direitos e garantias fundamentais, indispensável à construção de um Estado Democrático de Direito.

A partir do advento da Carta Magna de 1988, vislumbra-se mais nitidamente a intenção do legislador em proteger o cidadão, inclusive do arbítrio estatal. Deste modo, verifica-se que a orientação perpetrada efetiva, com caráter imediato, os direitos e garantias fundamentais, entre os quais, o devido processo legal. Direito este que, além de constituir direito fundamental positivado na ordem jurídica brasileira, apresenta-se, também, como direito humano, universalmente aceito, reconhecido na ordem jurídica internacional, transcendendo, portanto, os limites jurídicos internos do Estado.

Partindo da necessidade de efetivar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, o legislador infraconstitucional dedicou o Título I, do Livro III, do Código de Processo Penal, à previsão do sistema processual de nulidades, o qual tem como escopo evitar que vícios existentes em atos processuais ocasionem danos às partes durante a persecução processual, de modo a garantir, sob esta perspectiva, um processo penal acusatório justo.

Verifica-se, pois, que há a necessidade de atuação do magistrado para que se proceda ao reconhecimento judicial da nulidade, além, é claro, para que haja a delimitação do seu alcance. Apesar do acerto desta ideia, observa-se que há, na doutrina e na jurisprudência, considerável abertura para o fenômeno da relativização das nulidades processuais, onde se prestigia, sob o argumento da necessidade da rápida prestação jurisdicional, bastante exigida socialmente, a

discricionarieidade e o subjetivismo como vetores decisórios do juiz, em detrimento das formalidades instituídas para evitar a ocorrência de arbitrariedades.

Neste patamar, encontram-se sob análise atos processuais defeituosos que, em geral por desatenção à forma, legalmente estabelecida para evitar lesão a direito fundamental das partes, não recebem a sanção-nulidade, sim a convalidação judicial; tornando-se, assim, aptos à produção dos efeitos aos quais se destinava, trazendo, não raro, a depender obviamente da relevância do ato, lesão aos princípios constitucional ou processualmente tutelados. Neste ponto, volta-se a pesquisa à discussão em torno do caráter absoluto ou relativo da nulidade, bem como em relação ao aspecto sanável ou insanável do vício.

Sobre este aspecto, doutrina e jurisprudência não apresentam simetria quando da interpretação e tratamento conferido às nulidades. Somado a isso, o Código de Processo Penal em nada auxilia nessa árdua missão, não apenas pelo questionável perfil de constitucionalidade do diploma normativo, datado de 1941, mas principalmente pela ausência de sistemática legal que se associa às profundas, mas temáticas, reformas nos procedimentos, a exemplo do que se verifica nas Leis nº 11.689 e nº 11.719, ambas de 2008, que alteraram os procedimentos do Tribunal do Júri e outros aspectos dos procedimentos ordinário, respectivamente, que não foram acompanhadas por mudanças no Título I, do Livro III, que versa sobre as nulidades.

Assim, em compasso com a proposta deste trabalho científico, abordar-se-á a temática à luz do senso teórico e jurisprudencial, de forma a promover uma análise acerca da suposta sobrevalorização da discricionarieidade do julgador frente ao direito humano fundamental ao devido processo legal, especificamente quanto ao tratamento das nulidades no processo penal brasileiro.

Em compasso com o exposto, o estudo que se procederá a partir da pesquisa científica em epígrafe, justificar-se-á pela elevada relevância para a comunidade jurídica, haja vista a atualidade da discussão sobre o fenômeno da relativização das nulidades no processo penal brasileiro, tendo em conta o recente segmento jurisprudencial e doutrinário propenso a priorizar a celeridade e a economia processual em detrimento das formalidades essenciais ao deslinde de um processo penal acusatório desenvolvido sob os rigores dos pilares constitucionais.

Nesse trilha, no cenário no qual se contrapõe a visão garantista do processo penal no Estado Democrático de Direito, com enfoque na máxima proteção e máxima efetividade da dignidade humana, face ao aspecto sócio-jurídico atual, demanda-se a realização de um estudo com enfoque na relevância constitucional do direito processual penal.

Tal relevância, diga-se de passagem, é também verificada no âmbito da comunidade acadêmica, uma vez que o presente trabalho científico, ao passo em que aprofunda o conhecimento na temática que se propõe a analisar, oportunizará a abertura de relevante discussão na esfera de

formação dos profissionais da área jurídica. Assim, justificada estará a escolha do tema e a consequente investigação científica acerca da necessidade do estrito cumprimento dos ditames constitucionais, garantidores da justiça na prestação jurisdicional no bojo do processo penal como um todo, com especial atenção à atuação do magistrado.

A partir desse panorama, o trabalho que ora se introduz pretende, a título de objetivo geral, analisar a atuação do magistrado brasileiro quanto à observância dos preceitos legais e constitucionais no que se refere à relativização das nulidades em contraponto à formação de um processo penal acusatório justo.

Por seu turno, apresentar-se-ão como objetivos específicos: demonstrar, brevemente, a relevância que os direitos humanos detêm na construção da ordem jurídica moderna, sobretudo em relação à esfera do devido processo legal; examinar, sob uma perspectiva constitucional, a eficiência/eficácia das normas processuais penais, que orientam a atuação do magistrado no tocante à aplicabilidade da sanção-nulidade face ao reconhecimento do vício que torna um ato processual defeituoso e que, a rigor, não deveria ser convalidado; observar se a mitigação das nulidades, conforme a sistemática traçada pelo sistema processual penal brasileiro implica em prejuízo às garantias processuais fundamentais das partes.

Para tanto, utilizar-se-ão os métodos de abordagem o hipotético-dedutivo e o funcionalista-sistêmico; assim como o método de procedimento histórico. Já no que se refere às técnicas de pesquisa, o trabalho será construído com base na documentação indireta, especialmente na pesquisa bibliográfica; e, em um segundo momento, quando da análise dos julgados dos Tribunais Superiores, também se utilizará da documentação indireta, empregada, desta feita, no bojo da pesquisa documental.

Necessário detalhar que o emprego do método hipotético-dedutivo se dará a partir da premissa analisada segundo o marco teórico trabalhado e o recorte jurisprudencial colacionado à pesquisa, donde se extrairá uma hipótese que partirá do aspecto geral para o particular, contextualizado no universo da pesquisa (MEZZAROBÀ; MONTEIRO; 2010).

Igualmente especifica-se que se fará uso do método funcionalista-sistêmico, através do qual será observada, dentro do contexto sócio-jurídico, a atuação do Poder Judiciário, especialmente no que toca à atuação do magistrado no cenário dinâmico que revela em contraponto interesses do plano social e do plano individual, sendo aqueles representados pela celeridade processual, a discricionariedade e o princípio da instrumentalidade das formas, ao passo que estes se traduzem na tutela dos direitos constitucionais das partes, bem como à certeza legal e à segurança jurídica.

Explica-se, por último, o método histórico, como método de procedimento, embora não o seja na ordem de emprego na construção do corpo do trabalho, pois será utilizado precisamente por

ocasião da análise evolutiva da construção dos direitos humanos, notadamente em relação ao devido processo legal, tanto na ordem internacional, quanto no que concerne à sua integração junto à Constituição Federal de 1988 e às regras processuais penais, ambos na formação de uma ordem jurídico-criminal justa.

Com o fim de melhor organizar as informações, o presente trabalho monográfico será oportunamente dividido em três capítulos. No primeiro, será abordada, de maneira breve, porém suficiente, a construção do devido processo legal sob uma visão histórico-jurídica, momento no qual será traçada a evolução dos direitos humanos na ordem jurídica, assim como a análise do princípio do devido processo legal, desde os seus aspectos históricos à sua abrangência. Ainda neste capítulo, será traçado o paralelo entre os sistemas/modelos de processo penal e o *due process of law*.

Logo após, o segundo capítulo terá como norte o estudo dos sistemas de apreciação judicial das nulidades estabelecido pelo Código de Processo Penal brasileiro, passando pela análise do cenário das garantias constitucionais imiscuídas no âmbito das nulidades, até o estudo do procedimento judicial de reconhecimento ao saneamento dos vícios ensejadores de nulidade.

O terceiro e último capítulo tratará acerca do ponto central do trabalho científico em apreço. Será analisado o fenômeno da relativização das nulidades no processo penal e os seus reflexos sobre o direito humano fundamental ao devido processo legal. Nesta ocasião, observar-se-ão as interfaces verificadas entre a celeridade e a economia processual, em contraponto ao atendimento às formalidades estatuídas pelo Código de Processo Penal, e se, em decorrência dessa conjuntura, ocorre violação ao direito humano fundamental ao devido processo legal.

Após a análise dos pontos explanados, no decurso dos três capítulos, proporcionar-se-á um estado teórico de necessário conhecimento quanto ao fenômeno da relativização das nulidades no processo penal brasileiro, para que seja possível compreender o padrão de exigência realmente essencial à formação de um processo penal acusatório justo.

## **2 CONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SOB UMA VISÃO HISTÓRICO JURÍDICA**

O processo penal deve ser compreendido de forma a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para concretizar a aplicação da pena ao caso concreto. Tendo em vista que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado, resta confiar ao direito processual penal a solução das demandas criminais, nunca perdendo de vista as formalidades, legal e constitucionalmente, estabelecidas para tanto, ou seja, o devido processo legal. O processo, enquanto tal, deve sempre traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo, assim, aos ditames da Constituição Federal de 1988.

No sistema processual penal brasileiro, nunca se pode perder de vista que a pretensão punitiva deve perfazer-se sempre através de um procedimento regular, perante a autoridade competente, alicerçada em provas validamente colhidas e respeitando o contraditório e a ampla defesa, ou seja, em atendimento, mais uma vez, ao devido processo legal.

Com o propósito de reafirmar os fundamentos e atributos inerentes à pessoa humana, o Brasil aderiu à Convenção interamericana de Direitos Humanos, fixando preceitos norteadores da responsabilidade jurídica do Estado, de sorte que, na medida em que se compromete com o dever de concretizar tais preceitos, assume também a responsabilidade decorrente de sua violação. Com isso, os direitos humanos passam a ocupar posição de supremacia no ordenamento jurídico-normativo brasileiro, sobrelevando relevância da sua efetivação. Nessa conjuntura, o devido processo legal vem a reboque, em toda sua amplitude.

Assim, "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 [...]" (art. 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica-, de 22.11.1969, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992). Igualmente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Dessas premissas, extrai-se o princípio do devido processo legal, através do qual se confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo justo e equitativo, de sorte que a norma penal, material ou substancial, não pode ter aplicação sem observância de um processo jurisdicional devidamente estabelecido, o qual constitui verdadeira garantia humana fundamental frente ao exercício do poder, a fim de que não se torne abusivo, qualquer que seja ele.

No direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de fazer cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito, de modo que, para tanto, faz-se imperioso que haja captação das principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada um dos quais se vinculam à matéria processual penal, a qual, à luz da Constituição Federal de 1988, deve necessariamente adaptar-se. Somente assim, ante a observância do estrito processo, haverá salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, isto é, um a ordem jurídica justa frente ao conteúdo da lei.

## 2.1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICO-NORMATIVA

A formação dos direitos humanos confunde-se com a história da humanidade, constituindo resultado de diversas origens, que, situadas em diferentes civilizações, apoiou-se nos mais variados fundamentos e culturas, sendo advinda de lutas contra a opressão que se estabeleceu durante séculos. Historicamente, observa-se, em geral, que “os direitos humanos nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO; 2004, p. 6).

Na antiga Mesopotâmia, há aproximadamente 4500 anos a. C., surgiram as primeiras crenças no sentido de limitar o poder do governante. Esta linha de pensamento deu origem ao que passou a se chamar de *jusnaturalismo*, que, apesar de suas peculiaridades e diferenças em culturas posteriores nas quais prosseguiu, defendia a existência de um Direito natural, inerente à origem do homem. Tal concepção naturalista considerava a existência de uma consciência preexistente na mente do homem, o que possibilitaria o discernimento acerca do correto e o incorreto, assim como entre o justo e o injusto.

Dissertando acerca do tema, Magalhães (2004, p.10) comenta que “existem princípios superiores às normas específicas que são válidos a todos os povos, em todos os tempos”, e, desse modo, o Direito resultante desta consciência permitiria, então, que houvesse embasamento para as regras jurídicas que delimitariam, inclusive, a atuação do ente que, naquele momento, ainda não se convencionara chamar de Estado.

Na Babilônia, por volta de 1690 a. C., em um dos primeiros documentos sobre a proteção individual, o Rei Hamurabi gravou um conjunto de preceitos em uma grande pedra negra, que ficou tradicionalmente conhecida como Código de Hamurabi. O aludido mandamento consiste em um dos mais antigos diplomas normativos arcaicos, que, embasado em princípios metafísicos, restringia, ainda que minimamente, a atuação do rei, que tinha como objetivo a obtenção da aceitação política das nações independentes que foram conquistadas no decorrer daquela época, uma vez que não lhe

bastava força militar para manter o império então construído (RABINOVICH-BERKMAN; 2007). Ao mesmo tempo, nele estavam previstos direitos à vida, à propriedade, à honra e à dignidade.

Por sua vez, a civilização hebraica, formada entre 1000 e 700 a. C., era composta por diversos grupos étnicos na Palestina, que promoveram a contraposição entre a atuação do monarca e os limites determinados por Deus, através da Bíblia. Invariavelmente, o texto bíblico inseriu, de modo severo, a proteção de diversos direitos intrínsecos à condição humana, a exemplo da vida, da liberdade, da saúde e da dignidade de mulheres e crianças. Igualmente, e de maneira fundamental, a igreja exerceu importante influência para o crescimento do valor humano naquela época, haja vista que o homem, na condição de obra divina, e, com vistas à obtenção da vida eterna, deveria seguir rigorosamente os ensinamentos religiosos. Assim, foi retirado o foco do poder detido pelo monarca, que, até então, representava, de modo absoluto, as vontades dos Deuses. Tão logo, iniciaram-se as manifestações em sentido contrário às barbáries praticadas pelo soberano. Nesse ponto, mostram-se oportunas as lições de Silva (2000, p. 176-177), que acertadamente aduz:

[...] os direitos fundamentais surgem em função de reivindicações e lutas pela conquista de direitos, mas apresenta como pressupostos duas categorias de condições, a saber: condições reais e históricas, onde as declarações do século XVIII manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta e degenerada e o surgimento de uma sociedade tendente à expansão comercial e cultural; e condições ideais (ou lógicas), consistindo nas diversas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa, tais como o pensamento cristão, o direito natural e o iluminismo.

Ao passo em que a conquista de direitos foi alcançada, ainda que a custa de incontáveis sacrifícios, houve a necessidade de sua concretização, de forma imperativa e generalizada, atingindo, assim, os anseios justificadores dos revolucionários, que defendiam o direito como uma conquista, além de alienável, tida por irrevogável.

Já o povo judeu, referência importante para a gênese/estruturação do mundo ocidental, definia, nos Dez Mandamentos, normas de proteção à vida (“não matarás”), ao direito de propriedade (“não roubarás”), à honra (“não darás falso testemunho”) e à proteção da família (“não cometerás adultério”).

Indubitavelmente, a filosofia grega teve contribuição ímpar no que se refere ao engrandecimento da origem e racionalização do ser humano. Nesse contexto, as referências dos parâmetros metafísicos, de onde advêm os limites ao poder do monarca, exurgem também na Grécia antiga, com caracteres próprios. É o que se depreende da análise das obras de Homero e Hesíodo. Nesta época, muitos filósofos gregos, dentre os quais se destacam Platão e Aristóteles, desenvolveram a ideia do jusnaturalismo, promovendo a inserção de direitos como a liberdade, a igualdade e a participação política. Assim como Aristóteles, Platão estava convencido de que o

Direito e as leis (*nomos e nomoi*) eram essenciais para a estruturação da Cidade-Estado (*Polis*). Da mesma maneira, preocuparam-se, direta ou indiretamente, com questões atinentes aos parâmetros vinculados ao exercício do poder.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas também reconhecia direitos como a igualdade e a propriedade aos cidadãos romanos. Já no Oriente, Buda promovia a pregação sobre a liberdade. Todavia, nesta época da história, o aspecto comum a praticamente todos os povos era o fato de não serem reconhecidos os mesmos direitos aos estrangeiros.

Em contraposição a este panorama, exsurge a doutrina cristã, que, não apenas reiterou, mas resguardou e afirmou os direitos e valores até então existentes, como também acrescentou novos bens jurídicos à ordem social na qual, à época, se inseria, de sorte que, ao dirigir sua mensagem a todos os povos do mundo de maneira igualitária, avançou enfaticamente no que se refere à consagração da universalidade, que constitui aspecto indissociável aos direitos humanos (COMPARATO; 2007). Nesse passo, mostram-se oportunos os ensinamentos de Canotilho (2003, p.369), que destaca:

Quando se põe a pergunta da existência da ideia dos direitos humanos do homem na antiguidade, a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o ‘estatuto da escravidão’ como algo natural. Todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia dos direitos fundamentais. O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese de igualdade natural e da ideia de humanidade.

Na Idade Média, o primeiro dos atos legislativos que demarca a transição da monarquia absoluta para a liberal é verificado através do *Assise de Clarendon*, em 1166. Contudo, com maior destaque, um importante marco na história dos direitos humanos foi dado pela Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra. Tal documento limitava os poderes do monarca inglês frente à nobreza, que, em contrapartida, adquiria determinados direitos, a exemplo da liberdade de locomoção, do livre acesso à justiça e da proteção (restrita) na área tributária. Sobre o ponto, adverte Rabinovich-Berkman (2007, p. 120) que é notável “até que ponto a luta contra a avidez fiscal dos reis e poderosos foi frutífera em consequências de matéria de direitos existenciais. É uma mostra mais do que inconsistente que é o limite entre o patrimonial e o extrapatrimonial, e quão importante pode ser o bolso”.

De maneira contrária, Ferreira Filho (2000, p. 11 e 12) entende que

[...] essa Carta não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da *imemorial law of the land* (lei da terra), quer dizer, em outras palavras, que, a respectiva Carta nasceu com o propósito de solucionar um problema temporário entre o Rei João Sem-Terra e seus súditos que o ameaçavam de não mais pagar

impostos caso não tivessem seus direitos devidamente formalizados. A *Magna Carta Libertatum*, de 1215, entre outras garantias, previa a liberdade da igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país. Note-se que a Magna Carta aponta à judicialidade um dos princípios do Estado de Direito. De fato, ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão do homem livre. Está, no seu Item 39, que nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado dos seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja. Com isso implicitamente, pela primeira vez na história, o rei também se encontrava, naturalmente, vinculado e, porque não dizer subordinado ou adstrito às próprias leis que editava, tendo que suportar a norma que ele mesmo criou.

Posteriormente, em 1648, na Europa, com o Tratado ou Paz de Westphalia, findou-se a Guerra dos Trinta Anos e também foram oficialmente reconhecidas as Províncias Unidas e a Confederação Suíça. Inaugura-se o moderno Sistema Internacional, ao se acatar consensualmente não somente as noções, mas também princípios alicerces do Estado, a exemplo da soberania e a ideia de Estado-nação.

Ainda na Inglaterra, a *Bill of Rights*, de 1689, avançou no que se refere à proteção dos direitos e na limitação do poder estatal, fator estritamente relacionado com a proteção dos direitos humanos. Neste cenário, também são considerados marcos importantes na disseminação dos direitos humanos, bem como de sua tutela frente ao poder absoluto, a *petition of rights*, de 1629 e o *Habeas Corpus Act*, de 1679, nos quais se garantia aos súditos, ainda que restritamente, determinados direitos fundamentais (RABINOVICH-BERKMAN; 2007). Nesse compasso, surge a primeira Constituição escrita, nacional e limitativa no mundo, o *Instrument of Government*, promulgado por Cromwell, no ano de 1652, durante uma curta experiência republicana inglesa, que teria sido uma referência inspiradora para a criação da Constituição dos Estados Unidos.

Neste panorama, ganha destaque o constitucionalismo, movimento político-jurídico, que objetivava o estabelecimento de governos moderados, com poderes limitados por uma Constituição escrita. Nesta ocasião, a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais recebe uma roupagem pragmática, consagrando o Estado de Direito e a declaração de princípios orientadores da tutela do homem e sua dignidade (COMPARATO; 2007).

Em contraposição à época em que prevalecia o absolutismo (séculos XVII e XVIII), surge o iluminismo, que, com o humanismo que o caracterizava, veio a enfatizar a necessidade de valoração da pessoa frente aos poderes pretensamente ilimitados, de modo a retomar o conceito de cidadão, que se acha interligado à ideia de limite aos poderes absolutos do Rei (ROUSSEAU; trad. MACHADO; 1973). Nessa perspectiva, foi produzida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa. Assim, foi dada origem à idade moderna, fixando os conceitos de soberania popular (poder emanado do povo) e Estado de Direito (poder limitado pela lei).

O ideário iluminista marcou, inicialmente, a Independência Americana, em 1776, bem como alguns dos principais documentos relacionados a este fato histórico, como a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia (Declaração da Virgínia), de 1775, e a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. A partir de então, tornou-se comum o aparecimento das denominadas “declarações de direitos”, com normas que dariam uma feição moderna aos direitos humanos, reafirmando-os.

O processo de concretização dos direitos humanos fundamentais inicia-se na Inglaterra, marcando o início da decadência do absolutismo, que daria lugar a um novo formato de Estado: o Estado liberal, agora, inspirado nos ideais iluministas. De igual modo, tornou-se frequente o reconhecimento destes direitos nas Constituições dos Estados, que passaram, progressivamente, a ser um dos principais instrumentos jurídicos de proteção da dignidade humana.

Como se percebe, os direitos humanos são resultado da interação de diversas fontes, como os costumes das civilizações antigas, a produção jusfilosófica e a disseminação do cristianismo, apresentando como traço marcante a necessidade de restrição do poder estatal frente ao reconhecimento da legalidade e da igualdade. Com propriedade, Bobbio (2004, p. 35) lembra que “não se pode fundar os direitos humanos nos valores supremos da convivência humana, porque tais valores não se justificam, assumem-se”. Em seguida, surge a noção de dignidade humana, considerada como valor espiritual inerente ao homem, com manifestação na liberdade de decisão e conscientização a seu respeito.

Destaque-se que a Revolução Francesa, também guiada pelo ideário iluminista, consagrou diversos direitos da pessoa em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 1º estatuiu: “Os homens nascem e devem conservar-se livres e iguais em direito”, assim como as Constituições francesas de 1791 e 1793, reconheceram expressamente que a liberdade e a igualdade inerentes ao ser humano, havendo necessidade de limitar os poderes estatais, com o intuito de impedir a interferência destes na esfera de liberdade dos indivíduos. Em razão da grande influência que a França exercia nas relações internacionais naquela época, os valores defendidos na revolução francesa dispersaram-se pelo mundo, sobretudo na Europa e nas Américas.

Nessa esteira, o forte alcance do das correntes de pensamento liberais fizeram com que esse momento da história dos direitos humanos fosse marcado pela consagração das liberdades públicas e dos direitos políticos básicos, traduzidos na “liberdade”. São os denominados direitos humanos de primeira geração/dimensão, nos quais se exigia do Estado um papel de reconhecimento da esfera de direitos do indivíduo.

No Brasil imperial, que, com o ordenamento jurídico-legal à época imposto pela coroa portuguesa, adotava o regime escravocrata, reduzia as pessoas de pele negra à condição de coisa (*res*), sujeitando-os a formas de submissão e humilhação, com resguardo na legislação vigente à época. Vale ressaltar que a Constituição Imperial Brasileira, outorgada por Dom Pedro I, em 1824, sob a influência dos direitos humanos da primeira geração até então conhecidos no constitucionalismo americano e europeu, enunciou diversas garantias essenciais, não se podendo olvidar que eram destinados, quase que isoladamente, à elite aristocrática que dominava o regime (VIEIRA; 2005). Contudo, em 1888, como reflexo da revolução industrial, em destaque no ocidente, e com o intuito de movimentar cada vez mais o comércio, foi abolida a escravidão no Brasil. Na realidade, o regime monárquico, embora constitucional e representativo, a exemplo do poder moderador, detinha mecanismos centralizadores do poder nas mãos do monarca, razão pela qual o princípio democrático não encontrava efetividade.

Seguramente, a Proclamação da República, em 1889, não foi satisfatória no que se refere à melhora do cenário anterior. A Constituição de 1891, por conseguinte, não apresentou grande eficácia social, ante a similitude com a Carta Magna antecedente, haja vista que o Estado sustentava-se, à época, pelo coronelismo, que produzia uma pirâmide oligárquica, cujo mecanismo de controle encontrava aparato em instrumentos eleitorais que, em geral, moldavam a vontade popular aos seus interesses.

A partir da segunda metade do Século XIX, a preocupação com os direitos humanos assumiu outra ótica, passando a abranger questões sociais, que passaram a ser conhecidos como “direitos sociais”, ou de segunda geração/dimensão, os quais exigiram uma postura estatal ativa, de prestação social. Nesta época, o liberalismo político e econômico provocou uma série de injustiças, em especial no âmbito das relações de trabalho.

Diante disso, apareceram reivindicações de uma regulamentação das relações de laborais, inclusive em âmbito internacional, que considerasse a necessidade de uma maior atenção à dignidade do trabalhador. Nesse diapasão, emergiram ideários como o Marxismo, que pregavam uma mudança social radical e cujos preceitos transpassavam pela universalidade, e acabariam por contribuir para a melhoria de certos aspectos das condições de vida no mundo. Da mesma época é a Declaração de Direitos da Constituição da França, de 1848, que previa direitos como a liberdade de trabalho e a assistência a pessoas sem meios de sobrevivência, como os desempregados, crianças abandonadas, doentes e idosos.

Ainda no século XIX, a difusão dos valores humanistas levou ao fortalecimento da preocupação com a regulamentação da guerra, com vistas à redução do seu impacto negativo sobre

a vida humana. É quando surge o Direito Humanitário, que representa a primeira manifestação significativa do Direito Internacional no sentido de proteger os direitos humanos.

O início do Século XX foi marcado por uma maior preocupação social. No contexto internacional, surgem, no primeiro pós-guerra, as primeiras organizações internacionais que atribuíram relevância à proteção dos direitos humanos, a saber: a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a primeira voltada a promover, em especial, a paz, e a segunda, à valorização e ao estabelecimento de padrões internacionais mínimos de condições de trabalho e qualidade de vida.

Ademais, as Constituições advindas após a I Guerra Mundial não tiveram apenas a preocupação de estabelecer a estrutura organizacional política do Estado, mas, também, de ressaltar o novo âmbito de direito socialmente reivindicados. A partir de então, os direitos sociais começaram, internamente, a ser consagrados pelas Constituições, como a do México, em 1917, e a de Weimar, na Alemanha, em 1919. Cabe anotar que, em que pesem as deficiências e dúvidas e ambiguidades existentes na Alemanha àquela época, Comparato (2007, p. 188) considera que:

Malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu, na Alemanha de 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-facista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas Constituições do início do século.

Nesse trilha, Nogueira (2001, p. 2) salienta que a Constituição alemã de Weimar representou a primeira “Constituição social europeia, sendo considerada a matriz do novo constitucionalismo social, pois tenta acrescentar os princípios da democracia social em contraponto ao liberalismo e ao papel não-interventor do Estado”. Em igual sentido, Nemetz (2004, p. 7) entende que “a contribuição da Constituição mexicana de 1917, resultante da Revolução Mexicana, proclamou com pioneirismo os direitos dos trabalhadores e as iniciativas de promoção da reforma agrária”.

Voltando ao Brasil, após a Revolução de 1930, que pôs fim à República Velha, impedindo a posse do Presidente Júlio Prestes, há a retomada da confiança no novo governo que então se instalava. Contudo, logo sobrevém a frustração, como a supressão do regime constitucional, que só foi reconquistado após a convocação da Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1934, cuja vigência se deu por pouco mais de três anos, sendo substituída pela Carta Ditatorial de 1937, que permaneceu até o advento da Constituição dos Estados Unidos do

Brasil, em 1946, que orientou um duradouro período de liberdade democrática e que, incorporando direitos humanos de segunda geração, previu direitos e garantias individuais, de nacionalidade e políticos (VIEIRA; 2005).

No segundo pós-guerra (1945), em face das violações praticadas sob todas as nações, especialmente pelo nazismo, intensificou-se a preocupação internacional no sentido de resgate da dignidade humana e de sua indispensável proteção, momento no qual foi sentida a imprescindibilidade da criação de instrumentos eficazes na proteção dos direitos fundamentais do homem nos diversos países.

Desse modo, os direitos humanos adquirem o caráter de prioridade internacional, sobretudo a partir da criação, ainda em 1945, da Organização das Nações Unidas (ONU) e da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que reitera o ideário segundo o qual todos os seres humanos, indistintamente, são seres livres e iguais.

Cabe anotar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que pese não ser dotada de coercibilidade, é vista como a principal referência no tocante aos direitos humanos no mundo atual, inclusive por que foi seguida pelo aparecimento de tratados e convenções internacionais voltados diretamente à promoção destes direitos, bem como pela positivação de suas normas de Direito interno dos Estados. Em consonância com a nova ordem mundial, conforme leciona Almeida (2002, p. 18), torna-se “proibida a discriminação: (1) com referência a homens e mulheres entre si, (2) do Estado contra eles e elas, e (3) de homens e mulheres perante a lei”.

Importante anotar que, dentre os principais mecanismos, órgãos, acontecimentos e tratados surgidos no último pós-guerra e que serviram de sustentação ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, destacam-se: a Carta da ONU (1945); o Tribunal de Nuremberg (1945/1946); a Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político (1966); a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção Sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Na visão de Nemertz (2004, p.8), uma vez estruturada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o cidadão é descrito como “sujeito de direitos e deveres, súdito e soberano em relação ao Estado, onde todos os homens são considerados iguais perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor”.

Indubitavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento de relevância histórica, uma vez que, como referencial, prevê direitos fundamentais a todos os seres

humanos, deixando de lado qualquer aspecto discriminatório. Em convergência, pondera Comparato (2007, p. 211) no sentido de que

[...] a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

O progresso da humanidade trouxe consigo um grau, cada vez maior, de exigências de proteção aos direitos do homem, fazendo com que os direitos básicos sejam a tônica do constitucionalismo, e, em virtude disso, traz como imposição necessária a adoção de uma ordem político-jurídica que seja embasada em mecanismos de instrumentos de patrocínio e garantia.

Com isso, na linha de argumentação de Ferrajoli (2002), as Constituições se caracterizam por dizerem respeito a um conjunto de meta regras sobre os poderes públicos, vinculando a funcionalidade do executivo, do judiciário e daquele que se manifesta pela vontade da maioria, que é o legislativo, os quais ficam obrigados a dispensarem respeito e obediência aos direitos fundamentais.

Nesse passo, em convergência com o desenvolvimento social, os direitos humanos encontram um momento de forte desenvolvimento, sobretudo no plano legalista global, ocasião na qual foram formulados diversos diplomas internacionais, que foram, ulterior ou concomitantemente, aceitos pela ordem jurídica brasileira.

Não se pode olvidar que, ao tempo em que as Nações Unidas (ONU) edificavam as bases de sua Carta, na qual os direitos humanos figuravam como matéria principal, o Brasil vivia a Ditadura Militar, e neste momento em especial, a sua maior necessidade de fortalecimento. E, segundo as lições de Rech (2003, p. 22),

A realidade brasileira no período de afirmação dos direitos humanos em nível mundial foi marcada pela sua inviabilização como conteúdo e experiência política e social, dados o cerceamento da participação social e a prisão, exílio e morte de centenas de ativistas que se opunham à ditadura militar (que, de maneira mitigada, preferiu chamar-se a si de revolução, contraditoriamente). [...] Nesse mesmo período, em nome dos direitos humanos, a sociedade brasileira começou a se levantar contra o arbítrio da ditadura. Nas nascentes entidades de direitos humanos (década de 1970), manifestaram-se vozes de resistência e de condenação do regime militar. [...] O processo, apesar dos reveses, cresceu e se consolidou em movimentos e organizações sociais que se instituíram na década de 1980 e que participaram ativamente da vida social e política do país. Entre elas, está o Movimento Nacional dos Direitos Humanos, fundado em 1982.

Com isso, no Brasil, são ratificados tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos, notadamente após a redemocratização no final do século XX, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, ao tempo em que consagra um Estado que se alicerça num regime democrático, sobreleva os direitos e garantias fundamentais, conferindo valor vital à dignidade humana. Nessa perspectiva, a dignidade humana, segundo as lições de Garcia (2001, p. 25),

[...] não pode ser substituída por nenhum outro valor, precisa, para sua delimitação, de outros valores como a autonomia, a segurança, a liberdade ou a igualdade, valores que se encontram coletados na atual noção de direitos humanos fundamentais. Sua compreensão não pode ser feita à margem do que representa a luta histórica dos direitos humanos.

Tendo como norte a análise dos documentos e eventos explicitados, além dos outros que surgem hodiernamente, mostra-se viável a implementação de uma jurisdição internacional mais ampla e efetiva, que detém a finalidade de alcançar a universalização da jurisdição em prol da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, em sua concepção mais abrangente.

Derradeiramente, faz-se importante mencionar que os mecanismos normativos se aperfeiçoaram e encontram-se, ainda, em corrente evolução (efeito *cliquet*<sup>1</sup>) e, em virtude disso, surgiram sistemas de proteção em diversas esferas de abrangência, a exemplo da Organização das Nações Unidas (ONU), a nível global, da Organização dos Estados Americanos, em âmbito regional, e os países e seus microblocos, na esfera regional, o que reflete a aprimoração do cenário mundial no sentido de assegurar o bem comum, por meio da proteção dos direitos humanitários.

## 2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA ABRANGÊNCIA

O devido processo legal representa postulado fundamental do processo, preceito a partir do qual, ao mesmo tempo, afluem todos os demais princípios e garantias fundamentais processuais, constituindo, assim, paradigma originador e norma de encerramento do processo, e orientando, inclusive, de garantias não previstas expressamente no texto legal, “mas igualmente associada à ideia democrática que deve prevalecer na ordem constitucional” (DINAMARCO; 2004, p. 245).

---

<sup>1</sup> O efeito *cliquet* representa a inadmissibilidade de retrocesso em matéria de direitos humanos, ou seja, os direitos humanos já reconhecidos na ordem jurídica não podem ser suprimidos. Nessa perspectiva, a historicidade dos direitos humanos é direcionada sempre no sentido de reconhecer novos direitos, ampliando-os, é o que a doutrina habitualmente denomina de proibição do retrocesso.

Além de tudo, o devido processo legal é considerado como princípio aberto (cláusula geral) e gerador de diversos princípios autônomos, com incidência sobre toda e qualquer atuação estatal, inclusive no plano jurisdicional.

Na condição de princípio, o devido processo legal representa, também, a essência de uma ordem, com paradigmas fundamentais e orientadores de uma ordem jurídica. Conceitualmente, exprime o pensamento central, a partir do qual decorrem todas as demais compreensões ou normas que se guiam e subordinam, ou seja, significa o ponto de partida, o início de tudo.

Para Reale (1980, p. 299), os princípios são

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Então, pode-se afirmar que os princípios simbolizam verdadeiras proposições lógicas, funcionando como eixo central de uma ordem jurídica, isto é, diretrizes valorativas hábeis à aplicação e à interpretação constitucional, e, segundo os ensinamentos de Carrió (1970, p.33) constituem

[...] o pensamento direcionador que doutrina e serve de base à formação das disposições singulares do Direito em uma instituição jurídica, de um código ou de todo um direito positivo. O princípio encarna o mais alto sentido de uma lei ou instituição de Direito, o motivo dominante, a razão informadora do Direito [*ratio juris*], aquela ideia fundamental na qual se abrigam e pela qual se explicam os preceitos particulares, a tal ponto, que estas formam com aquela na própria relação lógica de onde, conseqüentemente, derivam.

Historicamente, a plenitude de acesso ao Judiciário é consequência do monopólio do Estado quanto ao uso legítimo da força na resolução dos conflitos, o que, conseqüentemente, impede o particular de agir conforme seus impulsos, no que se refere à busca da satisfação de suas pretensões. O processo passa, então, a ser o método de exercício do poder normativo.

A origem do devido processo legal (*due process of law*<sup>2</sup>) remonta ao *Statute of Westminster of the Liberties of London*, outorgado por Eduardo III, em 1354 d. C., que, em seu capítulo 3º, apresenta a seguinte redação: “Nenhum homem de qualquer estado ou condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver antes respondido a processo legal regular.”

---

<sup>2</sup> A expressão “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of law*, todavia, apresenta o significado de Direito, e não de lei (*statute of law*). A ressalva é importante, uma vez que o processo deve sempre estar em consonância com o Direito como um todo, e não somente com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não a lei.

No decorrer da história, a garantia do devido processo legal integrou a Constituição americana, inicialmente em matéria penal, conforme se verifica na Emenda V (1971), e, posteriormente, na Emenda XIV (1868), estendeu-se para matérias relativas à liberdade, à propriedade, à família e aos interesses de natureza econômica, com as seguintes redações:

Emenda no. V: [...] ninguém será compelido em nenhum processo penal a testemunhar contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.

Emenda no. XIV: Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.

Nesse particular, o devido processo legal passa a atuar não apenas sob a feição de norma protetora dos direitos fundamentais, mas também se apresenta como garantia, tutelando o particular em alargado âmbito, que alcança a esfera de direitos inseridos dentro e fora do processo. Sobre o ponto, disserta Mendes (2010, p. 745):

É provável que o devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, considerada a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas.

No Brasil, somente a Constituição Federal de 1988 o previu expressamente. Antes, era aplicado com base no Direito comparado, especialmente o norte-americano, que melhor desenvolveu o aludido princípio. Atualmente, o devido processo legal, através no art. 5º, LVI, CF, é tratado como direito fundamental, que, em seu aspecto geral, preleciona que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e, “consubstancia-se no moderno princípio da legalidade penal, demonstrativo de não existir crime e pena sem prévia previsão legal” (NUCCI; 2010, p. 62).

Corolário a este princípio, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da Constituição Federal), tal disposição consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em outro foco, prevê o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Importante comentar que, a despeito da íntima proximidade, os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos, uma vez que estão relacionados ao plano global/supranacional, denotando aspecto de universalidade, independente da nação na qual se situe o sujeito de direito, de modo que, qualquer que seja o Estado em que esteja presente a pessoa humana, lá também estará o direito universal que a ela se confere. Logo, os direitos humanos, em razão de serem verdadeiros efetivadores da dignidade humana, devem ser rigorosamente respeitados por todos os Estados, indistintamente.

Por outro lado, os direitos fundamentais são considerados como aqueles que se encontram constitucionalmente assegurados, e, de forma diversa dos direitos humanos, apresentam-se em conformidade com ordenamento jurídico do Estado do qual emergem, e não de modo inerente à condição humana, isto é, modelam-se às diretrizes da ordem jurídico-constitucional, apresentando-se de maneira diversa em cada Estado. Além disso, na lição de Mendes (2009), os direitos fundamentais

[...] são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias fundamentais – formam a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático.

Nesse patamar, releva Nucci (2010, p. 74):

Fundamental é o básico, o essencial, o alicerce de algo. Os direitos fundamentais, considerando-se o ser humano frente ao Estado e à sociedade, são absolutamente indispensáveis, pois constituem escudo contra abusos, excessos e medidas autoritárias ou padronizadas.

Pode-se inferir, portanto, que o devido processo legal assume, no Brasil, ambas as afirmações, de sorte que se revela completamente adequada a sua designação de direito humano fundamental, como denomina parte da doutrina. Aliás, majoritariamente, compreende-se que os demais princípios orientadores do direito e processo penal encontram, de maneira geral, sua gênese no princípio do devido processo legal, a saber: legalidade, presunção de inocência, o juiz natural/imparcial, isonomia processual (paridade de armas), inafastabilidade de jurisdição, proibição da prova ilícita, publicidade dos atos processuais, razoável duração do processo, motivação das decisões judiciais, duplo grau de jurisdição e, em especial, o contraditório e a ampla defesa.

Assim, o devido processo legal, na condição de direito humano fundamental, chama a si todos os demais princípios, de forma que a justa aplicação da sanção penal torna-se a sua principal

finalidade, proporcionando a estruturação de um processo penal democrático, e, conseqüentemente, a existência de uma ordem jurídica justa. Nesse ponto, conforme acrescentam Branco, Coelho e Mendes (2010, p. 476),

[...] o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial*<sup>3</sup> não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça.

É preciso lembrar que o devido processo legal pode ser observado em duas acepções, sendo uma processual (*procedural due process*) e outra substancial (*substantive due process*). Na primeira, o devido processo legal impõe a observância dos demais princípios e normas constitucionais ou infraconstitucionais de natureza processual (publicidade dos atos processuais, juiz natural, motivação das decisões judiciais, etc.). Em uma concepção formalista, representa o direito de acionar a atuação do Judiciário e ser processado conforme o sistema normativo preestabelecido para tanto, sob a égide de normas também formuladas a partir de tal princípio (DONIZETTI; 2011). Na última, a cláusula do devido processo legal impõe uma leitura conjunta do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, com o *caput* do mesmo dispositivo, de sorte que passa a ser compreendido como a exigência e garantia que as normas são razoáveis, ajustadas, proporcionais e equilibradas, correspondendo, para muitos, ao princípio da proporcionalidade.

Logo, a todos, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, são assegurados, por força do princípio em comento, em sua dimensão material: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança. Nesse ponto, Nery Júnior (2010, p.60) pontua:

Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do ‘*due process of law*’ para que daí decorressem todas as conseqüências que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa, de forma que ele é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Não é outro o entendimento do Ministro Celso de Mello, que, no Supremo Tribunal Federal, em análise à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8/AM, reconheceu a dupla dimensão da cláusula do devido processo legal, votando no seguinte sentido:

---

<sup>3</sup>O *fair trial*(juízo justo) consiste em um processo justo, leal, no qual se garante a participação equânime, justa e leal das partes. Nesse sentido, confira-se o Informativo 445 do STF, especialmente o AI 529733/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17.10.2006.

Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto da expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revela opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da estatal.

Do devido processo legal substancial constitui verdadeira forma de se controlar o conteúdo das decisões judiciais, (o justo no caso concreto), além, é claro, do próprio conteúdo normativo, não bastando, para tanto, que haja apenas regularidade formal da sentença ao caso concreto, sendo injusta e incorreta, ou, de alguma maneira, suprima a eficácia do direito fundamental ao contraditório (DONIZETTI; 2011). De ambas as concepções, são extraídos os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

A respeito do entendimento, oportuna a análise o julgado abaixo, do Pretório Excelso, de lavra também do Ministro Celso de Mello:

ADI-MC 1063 MC/DF. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, § 1º E ART. 9º) – [...] – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA:

[...] **A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.** Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. [...] Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*. (grifo nosso)

Em se tratando de aplicação da sanção penal, é imprescindível que a repreensão pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, afinal *nulla poena sine iudicio*. E mais, vale salientar que a pretensão punitiva deve perfazer-se através de um procedimento regular, sob a condução da autoridade competente, baseada em provas validamente obtidas, e em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse particular, Sampaio Júnior (2008, p. 137) observa que o devido processo legal “assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador”, posto que “deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão”, de modo que não há espaço para intervenções na estrutura de proteção da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem do *due process of law*. Sendo assim, infere-se que o devido processo legal é uma garantia processual que se destina a resguardar a regularidade do processo.

Dessarte, não é suficiente apenas a existência formal das normas. É indispensável a existência de mecanismos adequadamente destinados à sua efetividade, isto é, o processo jurisdicional (*judicial process*). Oportunamente, Tucci (2011, p. 62) relembra que o devido processo legal, em sua concepção subjetiva, reclama “um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade”, sendo o aludido princípio hábil a alcançar desde a elaboração das normas, imiscuídos de regularidade, razoabilidade, senso de justiça e atendimento aos preceitos anteriormente definidos – sobretudo nas disposições da Constituição Federal –, à aplicação ao caso concreto, além, é claro, da paridade de armas (*equality of arms*, no Direito Inglês, ou *waffengleichheit*, no Direito alemão) entre as partes que nele litigam, em busca da máxima efetividade do princípio da igualdade.

A ação e o processo penal apenas alcançam a finalidade pretendida pelo devido processo legal quando todos os demais princípios norteadores de ambas as esferas forem efetivados ou atendidos. A partir de então, somente, encontrar-se-á materializado.

De tal modo, quando o ato processual é praticado em conformidade com o estabelecido na norma que o disciplina, diz-se que este é válido, isto é, apto à produção dos efeitos jurídico-processuais aos quais se destina. Ao contrário, quando praticado em desconformidade com a norma que o rege, é considerado inválido, ou seja, sem aptidão para a produção dos efeitos aos quais se direcionava, ocasionando prejuízo. No segundo caso, a nulidade é a sanção aplicada em razão da inidoneidade de um ato processual para a produção de efeitos, em consequência da existência de vícios, que são decorrentes da inobservância das formalidades que o disciplinam.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu julgado no seguinte sentido:

REsp 85920/MG. Ementa: [...] **O devido processo legal não comporta atalhos por implicar, em regra, ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.** Entretanto, não é crível aplicar-se o direito posto sem a devida análise do caso concreto. 4. Em consagração ao direito fundamental da duração razoável do processo, previsto no art. 5.º, LXXVIII, da CF, à instrumentalidade do processo, positivado no art. 563, do CPP, e à efetividade da tutela jurisdicional, é imprescindível que o magistrado competente proceda à análise daqueles atos que de fato resultaram prejudiciais à defesa do recorrido, mantendo-se

os demais. 5. Recurso provido para declarar válidos os atos instrutórios que não causaram prejuízo à defesa do recorrido. (grifo nosso)

Camada da melhor doutrina atual solidificou a expressão *direitos humanos fundamentais*, com vistas a englobar, ao mesmo tempo, as diversas esferas/dimensões de direitos e garantias básicos inerentes à condição de pessoa humana. Nesse sentido, com primor, complementa Oliveira (2007, p.12-13), no sentido de que a aludida terminologia

[...] pretende exprimir, pela própria semântica das expressões, a mesma materialidade mandamental de tais direitos, consubstanciada no postulado da dignidade da pessoa humana. Isso porque a esfera de conteúdo normativo tanto dos direitos humanos como dos direitos fundamentais alicerça-se intimamente no resguardo da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, a inovadora nomenclatura acarreta a vantagem de se atribuir aos direitos mais básicos do ser humano uma perspectiva não só de tutela internacional, mas também de proteção na ordem constitucional interna, ambas materialmente respaldadas na tutela da condição e existência digna da pessoa humana. Como se não bastasse, tal nomenclatura repercute, outrossim, na óptica filosófica, no sentido de atribuir, de modo indelével, um caráter valorativo a todos os direitos e garantias primários, com a respectiva proteção dos mais elementares valores, interesses e bens, tanto no plano externo, como no nacional.

Pela mesma razão, Moraes (1998, p. 20) esclarece que

Os direitos humanos fundamentais colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar ao pleno desenvolvimento da dignidade humana.

Inequivocamente, não há que se falar em privação da liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem que haja o devido processo legal, em que se realize o exercício do *jus puniendi*, vinculada ao vigoroso e incidível relacionamento entre as normas penais (processuais ou materiais), de forma a efetivar a atuação da justiça criminal, tanto na cominação e concretização da sanção penal, quanto na afirmação do *jus libertatis* (TUCCI; 2011, p. 66).

### 2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUA CORRELAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sistema (do grego *synistemi* – estar junto de – e do latim *sustematis*, que significa agrupamento, junção), em sua acepção concernente ao Direito, pode ser definido como o conjunto de regras ou princípios sobre uma matéria racionalmente conexos entre si. Por sua vez, sistema jurídico pode ser conceituado como “a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça,

entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente” (ANDRADE; 2008, p. 30-31).

Com efeito, os sistemas jurídicos são formados por duas modalidades de elementos estruturadores. A primeira emerge a partir da convergência de elementos caracterizadores, verdadeiramente responsáveis por sua criação e existência, o que forma a sua base axiológica. Por isso, qualquer mudança no seu eixo, será determinante para a extinção do sistema original, com a consequente formação de um posterior, baseado em regras diferentes do anterior. Já a segunda, destina-se apenas a permitir a mobilidade e o funcionamento dos sistemas jurídicos, não sendo, por isso, indispensáveis à sua existência.

Historicamente, segundo aponta a doutrina, existiram dois grandes sistemas regentes do processo penal, destinados à realização de uma investigação e com vistas à imposição de uma condenação através de um processo-crime, quais sejam: o inquisitivo e o acusatório. Tourinho Filho (2008, p. 88) prefere chamá-los de “tipos de processo penal”. Tais sistemas, na visão de Badaró (2008, p. 36) “são abstrações ou modelos ideais. Atualmente, não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios ‘puros’. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais”.

O principal escopo da estrutura processual é a garantia contra o arbítrio estatal, adequando-se o processo penal à Constituição Federal, de forma que o sistema processual penal estaria contido dentro do sistema judiciário, que por sua vez é subespécie do sistema constitucional, que, por sua vez, deriva do sistema político (PRADO; 2006).

No sistema inquisitivo, há primazia pelo aspecto histórico, de forma que a busca pela verdade real através da reconstituição dos fatos, a todo custo, torna-se o seu principal intento, fator que torna admissível, inclusive, dentre outros, a tortura como meio de obtenção de confissões. No que se refere à divisão das funções de acusar, defender e julgar; observa-se que estas se restringem a uma figura única, que assume a aparência de um juiz acusador, isto é, inquisitor, de maneira a não haver distinção entre atribuições de acusar e julgar.

Neste modelo, o acusado não é visto como sujeito na demanda processual, mas, apenas, como o seu objeto. A ação penal inicia-se *ex officio*, por ato do juiz. Somado a isso, não há contraditório, visto que as funções de acusar e defender também se encontram nas mãos do julgador. Igualmente, a fase investigatória é controlada pelo juiz inquisitor, apresentando-se o processo sob a forma escrita e sigilosa. Nestes moldes, revela-se como inconcebível a existência de uma relação jurídica processual.

No campo probatório, a despeito da posição porventura ocupada – acusação ou defesa - o magistrado era detentor de ampla liberdade na sua colheita, podendo, inclusive, intervir *ex officio*,

mediante a utilização de excessivos poderes, através do denominado processo judicialiforme (com inobservância do princípio *ne procedat iudex ex officio*). No geral, o sistema inquisitório funda-se no princípio do autoritarismo, onde o que se observa é a mitigação de direitos e garantias individuais em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. Por essa razão, “o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa absoluta condição de sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 40).

Inspirado pelos ideais facistas, observados no Código de Rocco, na Itália, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 inseriu institutos processuais que ressoam até os dias atuais, a exemplo da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*.

Na visão de Badaró (2008, p. 37), o modelo da relação processual penal se apresenta como “reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade. O processo inquisitivo, com as características anteriormente apontadas, é incompatível com o Estado Democrático de Direito”.

Esse sistema, como pondera Lopes Jr (2010, p. 68), “foi desacreditado, principalmente por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como acusar, defender e julgar”. Em geral, o exercício da pretensão punitiva ocorre sem que haja outorga excessiva de garantias fundamentais.

Por seu turno, o sistema acusatório é caracterizado pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a sujeitos distintos, havendo predominância da liberdade de defesa e isonomia entre as partes no processo, sempre sob o norte dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade. Neste enfoque, o Ministério Público possui o monopólio da ação penal<sup>4</sup>; há tratamento igualitário entre as partes; o órgão julgador é dotado de imparcialidade, devendo fundamentar suas decisões, e adota como sistema de apreciação probatória o livre convencimento motivado. É o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, assinala Ferrajoli (1998, p. 561) que

[...] a separação do juiz e do acusador é o mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo acusatório, como pressuposto natural e lógico de todos os demais. Representa, por um lado, uma condição essencial da imparcialidade do Juízo. Por outro, é um pressuposto de que a imputação do delito e sua prova devem pesar sobre a acusação. Garante-se assim, ainda um efetivo contraditório entre as partes.

---

<sup>4</sup> De autoria do Deputado Federal Lourival Mendes (PT do B/MA), a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, pretende tornar o poder de investigação na esfera criminal privativo de policiais federais e civis dos Estados e do Distrito Federal, mediante introdução do §10º, no art. 144, da Constituição Federal. Desta forma, limitar-se-ia a atuação do *Parquet* na fase pré-processual. (ANTEPROJETO, Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011)

Analisando os caracteres atinentes ao sistema acusatório, Abade (2005, p. 127) introduz:

A partir da premissa que os interesses do indivíduo e da sociedade não são contraditórios, procura-se conciliar o desenvolvimento da condição de vida social com a dignidade individual do homem, conferindo uma perspectiva social no estudo da liberdade do indivíduo. Ultrapassa-se a visão dualista “Estado *versus* indivíduo”, na medida em que se constata que o Estado democrático é a principal via para a realização do bem comum. Passa-se, assim, a analisar os direitos fundamentais também sob a ótica social, para além de uma visão meramente individualista.

Imperioso salientar, todavia, que o modelo adotado pelo Brasil não foi o acusatório puro, mas sim o não ortodoxo, tendo em vista que o magistrado não é mero expectador estático na *persecutio criminis in iudicio*, podendo, inclusive, conceder *habeas corpus ex officio* e decretar prisão preventiva, além de ordenar e modificar medidas cautelares. Sob outra ótica, não há descaracterização do sistema acusatório em razão da existência da fase do inquérito policial, uma vez que se trata de fase pré-processual, destinada à colheita de provas com o fim de embasar a ação penal. Deveras, a despeito do Código de Processo Penal ser inspirado em princípios marcadamente inquisitivos, sua interpretação deve ser feita sob a luz da Constituição, adequando-o ao modelo constitucional acusatório por ela adotado, de forma a corrigir os excessos inquisitivos permeados ao longo do referido diploma processual.

Por último e não menos importante, o sistema misto, surgido após a Revolução Francesa, após o *C'ode d'Instruction Criminelle*, em 1808, uniu as virtudes dos dois anteriores, sendo “marcado pela existência de duas fases: a instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com predominância do sistema acusatório” (NUCCI; 2012, p. 125). Individualiza-se pela existência de uma instrução preliminar, sigilosa e escrita, sob a condução do juiz, mediante a utilização de poderes inquisitórios e com vistas à colheita de acervo probatório, e outra, judicial, na qual se dá o julgamento, caracterizada pelo exercício do contraditório e da ampla defesa e os demais princípios decorrentes, notadamente o devido processo legal. Também chamado de “sistema inquisitivo garantista”, segundo Avena (2011, p. 12), trata-se, na realidade,

[...] de um modelo processual intermediário, ou seja, que não é completamente inquisitivo, já que há a observância de todas as garantias constitucionais do acusado, tais como a publicidade do processo, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mas também não é inteiramente acusatório, dado que guarda resquícios do sistema inquisitivo, em especial a faculdade conferida ao juiz de produção probatória *ex officio*.

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto (ALENCAR; TÁVORA; 2012). Registre-se que há existência de duas facetas: o constitucional e o processual. O primeiro

regido pelo enfoque acusatório e o segundo pelo inquisitivo. Na visão de Nucci (2012, p. 126), “a junção do ideal (Constituição Federal) com o real (Código de Processo Penal) evidencia o sistema misto”. Eis que Tucci (2011, p. 42) esclarece que “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.

Em suma, o processo penal brasileiro é formal, com preceitos estabelecidos em lei, de modo a garantir às partes a regularidade do desenvolvimento dos atos processuais, sem que haja abuso por parte do juiz, que, em virtude do impulso oficial, conduz o processo até o seu deslinde. Assim, a inobservância das disposições determinadas em lei para a existência, validade ou eficácia dos atos processuais pode, inclusive, culminar na decretação judicial de sua invalidade/nulidade.

A sua imposição terá lugar toda vez que o desatendimento da norma processual cause prejuízo às partes, ou mesmo quando haja presunção legal de tal prejuízo, por se cuidar de formalidade essencial ao ato. Logo, as nulidades compõem o quadro necessário de avaliação de provas, privilegiando-se, na sua inteireza, os princípios do contraditório e da ampla defesa, tudo a compor o devido processo legal. Sem regras e formalidades, o Estado-Juiz pode cercear a atividade das partes, bem como fica impedido de coibir o abuso tanto da acusação, quanto da defesa, durante o desenrolar da instrução.

### 3 SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS

O direito processual penal possui suas linhas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, que, apoiada no sistema acusatório, separa as funções de acusar, defender e julgar, entregando-as a personagens distintos. Cada um dos sujeitos processuais possui, também, suas atribuições previamente estabelecidas, de sorte que, na prática de quaisquer dos atos processuais, deverá sempre haver estrita observância ao devido processo legal.

A consequência natural da inobservância da forma estabelecida é que o ato fique privado dos efeitos que originalmente haveria de produzir. Todavia, as irregularidades que porventura podem estar contidas nos atos processuais, não possuem semelhante gravidade. Por tal razão, conforme Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 365),

“[...] isolam-se quatro grupos de irregularidades conforme a consequência que tenham sobre o ato: a) irregularidades sem consequência; b) irregularidades que acarretam sanções extraprocessuais; c) irregularidades que acarretam nulidade (absoluta ou relativa); d) irregularidades que acarretam inexistência jurídica.”

Em algumas ocasiões, o ordenamento jurídico reage à imperfeição do ato processual, impondo-lhe a ausência de eficácia; sendo o que se verifica como sanção imposta pelo legislador à irregularidade, por não entender conveniente que o ato irregular seja apto à produção de efeitos na ordem jurídica.

A disciplina legal das nulidades processuais penais encontra-se no Título I, do Livro III, do Código de Processo Penal, que, em suas linhas, apresenta imprecisões que necessitam ser harmonizadas pelo intérprete. A incongruência no plano legal implica nas amplas divergências nos planos doutrinário e jurisprudencial acerca da temática, razão pela qual o tema se revela de abstrusa sistematização.

Sendo assim, houve necessidade de se conferir exigências quanto à forma dos atos processuais (sistema legalista), que leva à necessidade de se fixar garantias às partes, de forma a celebrar um processo apto à condução da autêntica atuação do Direito, segundo a verdade dos fatos e mediante adequada participação de todos os seus sujeitos. A observância do procedimento modelado pela lei é a garantia da legitimidade do provimento judicial a ser, ao final, proferido, justamente por ser, a partir daquele, que se efetiva o contraditório, e, por derradeiro, o devido processo legal.

### 3.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL FACE AOS SISTEMAS DE NULIDADES

Para melhor compreensão do tema, é imperioso haja, inicialmente, o estabelecimento de uma premissa hermenêutica básica a respeito do seu fundamento constitucional, qual seja: as nulidades processuais devem ser analisadas como sanções legalmente estabelecidas, com vistas a assegurar as garantias fundamentais do processo penal previstas na Constituição Federal de 1988. Sendo assim, depreende-se que todas as previsões de atos defeituosos contidas no Código de Processo Penal destinam-se a resguardar alguma garantia fundamental das partes.

Por exemplo, quando da análise das nulidades previstas nos artigos 564, I, e 564, III, *e*, ambos do Código de Processo Penal, será possível extrair os preceitos constitucionais nelas inseridos. A primeira, que estabelece nulidade ao processo conduzido por juízo incompetente, objetiva resguardar o princípio do juiz natural (“ninguém será processado ou julgado senão pela autoridade competente” – art. 5º, LIII, CF). A última institui sanção-nulidade no caso de ausência de citação do acusado, abriga os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” - art. 5º, LV, CF).

De todo modo, a função primordial das nulidades “é completar o regramento do processo com atenção para sua finalidade de fazer valer o *jus puniendi*, sem descuidar da necessidade de também limitar o poder punitivo estatal” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1101-1102). Em razão disso, a tipificação do processo penal constitui formalidade indispensável à segurança e ao exercício dos direitos humanos fundamentais, bem como à formação de um processo penal acusatório justo em consonância com o devido processo legal. Nesse particular, o sistema processual penal, que atribui sanções-nulidades aos atos processuais defeituosos, encontra-se inserido no que se compreende por garantia constitucional em sentido estrito (proteção processual), segundo o posicionamento delineado por Moraes (2008).

Neste ponto, faz-se imperiosa a análise panorâmica acerca do embate doutrinário que se estabelece quando o assunto é a classificação das invalidades processuais, de acordo com a gravidade das lesões que porventura causem ao ordenamento jurídico e à ordem constitucional. A mais notável das classificações é aquela que as biparte em absolutas e relativas, principalmente em virtude de destinar-se a facilitar o trabalho do aplicador do direito. Ao tempo que, em geral, são conferidos rótulos idênticos para fenômenos similares, também são observadas diferenciações mais minuciosas que outras.

As nulidades processuais são analisadas sob variados pontos de vista, dentre os quais se observa que a doutrina processual bebe na fonte do direito civil, com subsídio junto à teoria do fato jurídico. Sob a ótica de Rangel (2009, p. 46), a nulidade não constitui “um vício que inquina o ato, mas, sim, sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei”, de sorte que “a nulidade é consequência da prática do ato em desconformidade com a lei e não a desconformidade em si”. Por seu turno, Mirabete (2003, p. 51) aduz no sentido de que a invalidade processual constitui, “sob um aspecto, vício, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância das exigências legais ou uma falha ou imperfeição jurídica que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo”.

Na esteira do direito material, na doutrina processual buscou-se decompor as nulidades processuais conforme sua gravidade, separando-a em categorias distintas a partir deste critério. Nesse aspecto, Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 366-368), em contraposição, asseveram que:

[...] esse sistema de nulidades difere substancialmente daquele inerente ao direito privado. Naqueles ramos do direito substancial (civil, comercial) distingue-se o ato nulo do anulável (nulidade  $\times$  anulabilidade); enquanto este prevalece até que seja privado judicialmente da eficácia, o primeiro já é, em princípio, ineficaz (a nulidade opera *pleno jure*). [...] O sistema do Código de Processo Penal vem do direito francês: ‘*aucun exploit ou acte de procédure ne sera declare nul, si la nullité n’est pas formellement prononcée par la loi*’ (*côde de procédure civile*, art. 1030). Nosso Código introduz alguma racionalização (art. 563), mas, tanto quanto o dispositivo francês citado, expõe-se ao risco de omitir irregularidades gravíssimas, que não podem deixar de condenar à nulidade o ato ou mesmo o processo. Por isso mesmo, aliás, a doutrina e a jurisprudência modernas remontam frequentemente às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para a identificação de nulidades não expressamente cominadas.

Contudo, a morfologia das nulidades, subdividindo-as em absolutas e relativas, mostra-se, por vezes, inadequada para o processo penal, na medida em que, segundo infere Lopes Jr (2010, p. 427), advém de uma matriz de direito material (civil), e prossegue:

Na dimensão processual, a dinâmica da situação jurídica e, principalmente, dos valores em jogo, não recomendam uma tal importação de categorias, principalmente por que vêm com uma dupla contaminação: de um lado, do direito civil e a estrutura dos jurídicos, e, de outro, do direito processual civil, com suas especificidades distintas daquelas existentes no processo penal.

Em clássico e relevante trabalho, Lacerda (1953) apresenta a divisão das nulidades em sanáveis e insanáveis. Estas ensejariam nulidades absolutas, que, em razão do interesse público e da inobservância das normas processuais cogentes que as norteia, devem ser reconhecidas *ex officio* ou mediante provocação das partes, independentemente do momento processual. Já aquelas, em decorrência do desatendimento às regras tutelares de interesses exclusivamente particulares,

culminariam na existência de nulidades relativas, oriundas, portanto, de imprecisões passíveis de saneamento. A partir de então, a doutrina processualista brasileira esboçou diversas classificações baseadas na aludida estrutura.

Para Komatsu (1991), a distinção das nulidades é efetuada segundo o aspecto teleológico da norma violada, isto é, face à ao fim a que a norma, pública ou privada, se destina. Destas infrações processuais, podem advir vícios que transgridam normas cogentes, considerados insanáveis, ou vícios que ferem normas que tutelam, primordialmente, o interesse da parte, considerados sanáveis. Os primeiros levam à nulidade absoluta, os últimos à nulidade relativa.

Já no pensamento de Aragão (2004), há, ainda, outra modalidade onde é possível verificar defeitos processuais, trata-se da irregularidade. Nesta espécie de atipicidade processual, não ocorre comprometimento do ordenamento jurídico, tampouco do interesse da parte, assim como não há afetação da estrutura do ato processual ao ponto de torna-lo inábil à produção dos efeitos aos quais se propõe. Na mesma linha, Nucci (2012, p. 824) considera que os atos irregulares apresentam-se apenas como “infrações superficiais, não chegando a contaminar a forma legal a ponto de merecer renovação. São convalidados pelo simples prosseguimento do processo, embora devam ser evitados. [...] Enfim, atinge-se o objetivo previsto na norma por outros meios”.

Sob análogo enfoque, Rangel (2001, p. 477-486) enfatiza que o ato irregular é “aquele defeituoso, viciado, porém que não sofreu sanção de nulidade, permanecendo válido”. Por sua vez, Avena (2011, p. 843) compreende como atos irregulares aqueles inquinados de “vício sem qualquer gravidade, sendo incapaz, por si só, de gerar prejuízo”.

Nas lições de Wambier (2004, p. 197), as nulidades podem, por sua vez, dividir-se em “nulidades de fundo” e “nulidades de forma”. Estas últimas são, via de regra, consideradas relativas, visto que são absolutas apenas as nulidades assim consideradas pela lei. De outra forma, as nulidades de fundo relacionam-se a vícios atinentes às condições de ação e aos pressupostos processuais positivos de existência e validade, bem como aos pressupostos processuais negativos, todas na condição de nulidades absolutas.

Por conseguinte, as nulidades relativas, ainda na definição Rangel (2009, p. 477-486), constituem “vício que, embora grave, decorre da violação das normas de interesse privado e sem qualquer repercussão em nível constitucional”. Sua prolação depende da arguição oportuna do interessado, associada, ainda, à “demonstração do efetivo prejuízo”, para que seja “decretada pelo juiz”. Já na compreensão de Oliveira (2010, p. 735-739), representam aquelas que contêm “o interesse prevalecente das partes, seja no que concerne à identificação da existência, seja no que respeita à identificação das consequências do prejuízo”, de sorte que, para o seu reconhecimento,

necessitam de “valoração das partes quanto à existência e consequência do eventual prejuízo”, sujeitando-se, inclusive, a “prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo”.

Em análise à modalidade de invalidade processual em comento, Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 370) entendem:

A nulidade relativa nunca é cominada pela lei (é sempre “nulidade não-cominada”) e seu reconhecimento depende sempre de comparação do ato celebrado em concreto com o modelo legal: se não houver fidelidade a este e se não estiver em jogo um interesse da ordem pública, estaremos diante de um caso de nulidade relativa.

A sua vez, as nulidades absolutas são assim denominadas, segundo Avena (2011, p. 843), por conterem vícios com muita gravidade, uma vez que “[...] decorrem da violação de normas de ordem pública, ou seja, normas que de forma direta ou indireta afetam garantias tuteladas pela CF. É indispensável para seu reconhecimento a prova do prejuízo, que de resto, é presumido. A nulidade absoluta, opostamente à relativa”.

Além disso, os vícios de ordem absoluta referem-se “ao processo penal enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer – presente, passado e futuro – acusado, em todo e qualquer processo” (OLIVEIRA; 2010, p. 735-739). Nesse caso, “a formalidade violada não está estabelecida simplesmente em lei, havendo ofensa direta ao texto constitucional, mais precisamente aos princípios constitucionais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, publicidade, motivação das decisões judiciais, juiz natural etc.)” (CAPEZ; 2012, p. 694-695).

Na visão de Grinover, Magalhães e Scarance (2007, p. 21), “O ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada”. Sendo assim, a nulidade de natureza absoluta não se sujeita aos limites da preclusão, haja vista que seu estabelecimento ocorre em razão do interesse coletivo, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo magistrado, qualquer que seja a fase do processo. Por tal razão, o prejuízo sempre é presumido e existente.

Não obstante, a única exceção encontra-se prevista na Súmula 160, do STF, que considera “nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”, seja esta de natureza absoluta ou relativa.

Nesse ponto, importa destacar que as regras diferenciadoras entre nulidades absolutas e relativas devem, também, adequar-se ao entendimento consolidado do STF, segundo o qual “no

processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu” (Súmula 523).

Trata-se de exceção às linhas acima explanadas, visto que, caso haja ofensa à ampla defesa, embora se trate de princípio de ordem constitucional, sua ofensa apenas acarretará nulidade absoluta quando ocasionar, na visão de Capez (2012, p. 695) “total aniquilamento da defesa do acusado”, e, nesse segmento, “a eiva de nulidade por cerceamento de defesa há que ser cabalmente demonstrada, não se constituindo motivo ensejador para que se anule o processo a mera presunção de lesão para uma das partes”.

Nesse particular, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já entendeu:

ACr 311663/SC. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA AS RELACOES DE CONSUMO (ART. 54 DA LEI 9.605/98 (CRIMES AMBIENTAIS) E ART. 7º, IX, C/C ART. 12, III, AMBOS DA LEI N. 8.137/90 (CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO) C/C ART. 29 DO CP). SENTENÇA PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA, ANTE A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU E DA DEFESA PARA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. NOTIFICAÇÃO DEVIDAMENTE REALIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 222, 563 E 566, DO CPP. PREFACIAL AFASTADA. CRIME CONTRA AS RELACOES DE CONSUMO.

[...] **A eiva de nulidade por cerceamento de defesa há que ser cabalmente demonstrada, não se constituindo motivo ensejador para que se anule o processo a mera presunção de lesão para uma das partes (STJ, RSTJ, 18/396; no mesmo sentido, STJ, RSTJ, 8/144).** "Intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado (Súmula 273 do STJ)". PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL PARA ATESTAR A IMPROPRIEDADE DO CONSUMO DOS ALIMENTOS (CARNE SUÍNA - LINGUIÇA) APREENDIDOS. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. Nas hipóteses do inc. I e da última parte do inc. II, ambos do § 6.º do art. 18 do CDC, a configuração do crime prescinde da realização de laudo pericial, pois é de perigo abstrato ou presumido, bastando que o produto esteja em desacordo com determinadas normas para que sejam considerados impróprios ao uso e consumo [...]. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifo nosso)

Dessa maneira, compreende-se que os atos processuais essenciais são “imprescindíveis, insubstituíveis para a formação e o desenvolvimento regular da instância”, de forma que “a ausência ou inexistência desses atos estruturais implica nulidade absoluta do processo, independentemente do eventual prejuízo às partes, já que este se presume” (MOSSIN; 2005, p. 54).

Parcela da doutrina admite a teoria dos atos inexistentes. Entretanto, a designação de atos processuais como inexistentes revela uma inconveniência em sua designação, apresentando contradição em seus próprios termos. Eventualmente, a doutrina apresenta entendimentos no sentido de que, embora tenha existência fática, o ato inexistente juridicamente. Nessa direção, pode-se considerar que “a inexistência é um nada jurídico, um fato da vida, totalmente inócuo, daí por que será sempre passível de declaração” (SILVA; 1998, p. 75). Tal explicação não preenche

satisfatoriamente as indagações, pois, se é necessária à declaração a respeito da inexistência do ato processual (suposto “nada jurídico”), é porque há produção de efeitos no plano concreto.

É em virtude disso que Alencar e Távora (2012, p. 1118) pontificam que esta argumentação pretende

[...] evidenciar que a inexistência processual não é relevante. Se o ato processual, supostamente inexistente, carecer de pronunciamento judicial sobre o seu vício, é porque adquiriu importância, com a possibilidade de produção de efeitos jurídicos (trata-se então de ato processual atípico que carece de nulificação).

Em sentido diverso, pondera Rangel (2001, p. 477) afirmando que, caso seja o “ato inexistente, não há necessidade de se decretar a nulidade, pois não se declara o não existe”. A título de exemplo, no caso de sentença que julgue extinta a punibilidade do agente, fundamentada no art. 109, I, do Código Penal, com base em certidão de óbito falsa, o STF, contrariando a doutrina majoritária, considera o vício como de inexistência, e não se nulidade absoluta (RTJ, 104/1063 e 93/986).

Levando em consideração a realidade do processo penal brasileiro, notadamente a jurisprudencial, na visão de Alencar e Távora (2012, p. 1111), “a classificação mais recomendada (embora passível de críticas, em face das dificuldades e imprecisões que circundam o tema)” é aquela perpetrada por Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2007, p. 20-22), que expressam a divisão abaixo explanada.

Atos inexistentes são aqueles nos quais “a desconformidade com o modelo legal é tão intensa, que se chega a falar em inexistência do ato”. Chegam a ser denominados de “não atos” processuais, porquanto não se “cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade”. Nesse caso, pode ser exemplificada a sentença que não contenha a parte dispositiva;

A nulidade ocorre em virtude da existência de “certos desvios de forma” do ato processual, a lei lhe comina uma sanção, que, a depender da gravidade, possibilita “que se retire do ato aptidão de produzir efeitos”. Os atos processuais defeituosos factíveis à nulificação “são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico”. Contudo, apenas com o reconhecimento judicial da nulidade, falar-se-á em atos nulos, um vez que “a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo sempre seu reconhecimento de um pronunciamento judicial em que seja não somente constatada a atipicidade do ato, mas também analisados os demais pressupostos legais para a decretação da invalidade”. Tal modalidade comporta, ainda, subclassificação em: nulidades absolutas, nas quais “a gravidade do

ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão”, isto é, “o vício atinge o próprio interesse público”, e, “por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade”; nulidades relativas, nas quais “o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido”.

Por fim, os atos meramente irregulares são aqueles em que o “desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a norma foi instruída”, não restando prejudicada sua eficácia. O presente modelo ocorre em “situações em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, não chegando a descaracterizar o ato”, e, do mesmo modo, sem que haja afetação da “validade do ato processual, porque a forma [...] não é um fim e si mesma”.

Derradeiramente, no que tange à classificação doutrinária das nulidades processuais, em especial no que se refere à terminologia adotada, por todo o exposto, observa-se forte controvérsia a respeito da matéria, na qual, salvo algumas importantes exceções, torna árdua a tarefa de encontrar entendimentos consonantes. Em uma visão panorâmica, observa-se que a polissemia conceitual evidencia, ainda mais, a problemática a respeito de sua compreensão.

Tecidas as considerações essenciais à assimilação do enredo das nulidades no processo penal, é chegado o momento de analisá-las sob a ótica de sua finalidade primordial, qual seja: resguardar os preceitos constitucionais e, sobretudo, o devido processo legal no seu aspecto substancial, além, é claro, dos princípios dele decorrentes, de modo a conferir a efetivação de uma ordem jurídica justa em todos os seus termos.

Nesse norte, será procedida à análise do objeto jurídico-constitucional protegido pelas nulidades processuais (artigos 563 a 573, do Código de Processo Penal), sem, contudo, adentrar nas questões específicas quanto ao tratamento diferenciado conferido pelos tribunais a cada vício, que serão objeto de estudo do capítulo seguinte.

Dito isso, importa destacar que enseja nulidade absoluta, regra geral, o vício que por infringir a norma constitucional, não é passível de convalidação. Contudo, na lição de Nucci (2012, p. 828), em algumas hipóteses, “outros princípios igualmente constitucionais podem ser utilizados para contrapor a inobservância de regra estabelecida pela Constituição, havendo a harmonização de normas e dos princípios, sem que um seja considerado superior ao outro”.

De início, em cumprimento ao princípio do juiz natural, segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado, senão pelo juiz competente” (art. 5º, LIII, CF), a letra do Código de Processo Penal estabelece sanção-nulidade em casos de incompetência, suspeição ou suborno (art.

564, I, CPP), ou mesmo em casos de incompatibilidade ou impedimento do juiz. Neste caso, serão considerados nulos os atos decisórios, devendo os autos ser encaminhados ao juízo competente. Havendo incompetência do órgão jurisdicional, os atos por ele praticados são atípicos, e, por isso mesmo, sujeitam-se à sanção de ineficácia (TOURINHO FILHO; 2010). Então, “o juiz do processo deve estar apto a julgá-lo sem que haja dúvida sobre sua imparcialidade e honestidade” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1131), e, embora a lei faça referência apenas à suspeição e ao suborno, neste tópico também se encontram subentendidos “os casos de impedimentos (arts. 252 e 253, CPP) e de incompatibilidades (art. 112, CPP) configuram vícios passíveis de nulidade do processo, sempre que se puder constatar a afetação da imparcialidade do julgador” (OLIVEIRA; 2010, p. 825).

Em atenção aos pressupostos processuais (ilegitimidade *ad causam* e *ad processum*) e às condições da ação penal, com o fim de assegurar a regular e válida instauração da relação processual, haverá nulidade quando alguma das partes for ilegítima para figurar em qualquer dos polos da ação penal (art. 564, II, CPP). Importa recordar, ainda, que “mesmo no âmbito do Ministério Público poderá haver caso de ilegitimidade ativa, quando se tratar de denúncia oferecida por órgão a que faltem atribuições constitucionais para o respectivo exercício” (OLIVEIRA; 2010, p. 825). Tal hipótese é observada, por exemplo, quando da atuação do Ministério Público Federal em matéria estadual, cujas atribuições pertencem ao Ministério Público dos Estados.

Com efeito, os princípios do contraditório e da ampla defesa, em decorrência lógica ao princípio do devido processo legal, estão atrelados ao princípio da comunicação dos atos processuais (WAMBIER; 2007, p. 178).

Hipótese de difícil configuração na prática forense, a falta de denúncia, queixa ou representação do ofendido – ou requisição do Ministro da Justiça – é, também, motivo ensejador de nulidade absoluta (art. 564, III, *a*, CPP). De outro modo, o vício/defeito nos aludidos atos processuais dependem de sua gravidade, podendo, assim, configurar nulidade absoluta, relativa ou mera irregularidade. Destarte, observa-se que a presente sanção processual tem como escopo garantir a presença dos elementos da exordial acusatória (art. 41, CPP), de modo a possibilitar, de modo individualizado, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ainda no que se refere à regular formação da relação no processo penal, de modo a possibilitar, com isso, o exercício do contraditório e da ampla defesa, e, em atenção ao disposto no art. 363, do Código de Processo Penal, segundo o qual “o processo terá completada sua formação quando realizada a citação do acusado”, o art. 564, III, *e*, primeira parte, do CPP, reza que a ausência de citação do réu constitui motivo ensejador de nulidade.

A citação constitui ato essencial à regular instalação do processo penal, e, ao tempo e que comunica ao réu a imputação que lhe é formulada, garante o contraditório e a ampla defesa. Neste caso, a ausência do referido ato processual é motivo ensejador de nulidade, que, contudo, restará sanada, desde que o interessado compareça, antes do ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la (art. 570, *primeira parte*, CPP), e, consoante o entendimento de Capez (2012, p. 722),

O direito à ampla defesa, no processo penal, realiza-se por meio do direito à autodefesa e do direito de presença (de o réu estar presente e acompanhar todos os atos processuais), logo, a citação e a intimação constituem pressuposto básico fundamental para a plena realização do princípio da ampla defesa.

Nessa linha, é, também, imprescindível à persecução penal, ainda em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a realização do interrogatório do réu, que, em regra, é efetuado ao final da instrução. Sua falta é motivo de nulidade absoluta, visto que, “se absolvido o acusado, a ausência de interrogatório não terá a mesma relevância, cuidando-se, no ponto, de nulidade insuperável” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1136), uma vez que o ato constitui verdadeiro mecanismo defesa.

Com efeito, mais uma vez atrelado aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e, com vistas a garantir o exercício do direito de defesa de ambas as partes no processo penal na esteira das garantias processuais constitucionais, o artigo 564, III, *o*, CPP, estatui hipótese de nulidade pela ausência ou vícios da “intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso”. Sobre o ponto, o Superior Tribunal de Justiça já assentou:

HC 169838/SP. Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

1. **A decretação da nulidade absoluta do acórdão é medida imperiosa quando se verifica que o julgamento do recurso foi realizado sem que se procedesse à intimação pessoal do defensor público, em flagrante afronta ao disposto no art. 370, § 4.º, do Código de Processo Penal e no art. 5.º, § 5.º, da Lei n.º 1.060/50.** 2. Ordem concedida, a fim de que se proceda a novo julgamento do recurso em sentido estrito, com a intimação prévia do defensor do Paciente. [...] (grifo nosso)

Essa é a regra, e, neste caso, o prejuízo, na hipótese de deliberação desfavorável ao réu, é presumido, não havendo que se exigir prova de tal situação. De outro prisma, com intuito de assegurar a efetividade da atuação do *Parquet*, em razão da essencial figura de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis que lhe confere a Constituição de 1988 (art. 127), inclusive na condição de parte no processo penal, também

configura caso de nulidade a falta de “intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública” (art. 564, III, *d*, CPP).

Assim, restará configurada, na ação penal pública, a hipótese de nulidade absoluta, na medida em que se impede a participação de uma das partes no processo, ou de nulidade relativa, se na ação penal privada subsidiária da pública. Isto porque, ainda segundo Oliveira (2010, p. 827-828), a intervenção do Ministério Público nas ações públicas

[...] é uma exigência do próprio contraditório, da mesma maneira que se exige a intervenção da defesa em todos os atos processuais em que estiver em disputa o interesse dela. Embora não se possa falar na existência de um princípio da ampla acusação, não se faz necessária uma norma expressa cuidando da proteção dos interesses acusatórios no desenvolvimento da ação penal, porque assim já o impõe o princípio constitucional do contraditório, e porque já existe outra norma legal no Código de Processo Penal com o mesmo conteúdo e igual suficiência, qual seja: aquela prevista na alínea *e* do inc. III do mesmíssimo art. 564.

Por outro lado, em atenção à garantia constitucional do Tribunal do Júri, o art. 564, III, *f*, CPP, preconiza que haverá nulidade quando a desconformidade recair sobre a pronúncia. Tal ato processual destina-se a admitir a acusação, pronunciando o réu pelo crime contra a vida, na modalidade simples ou qualificada, e levando, se for o caso, os demais crimes conexos ao Plenário do Júri.

Sua existência no processo é fundamental, assim como é essencial que se respeite a forma legal (NUCCI; 2012). No presente dispositivo, encontra-se “envolvido o princípio da ampla defesa, haja vista que a pronúncia delimita o âmbito da imputação e da produção probatória preparativa para a sessão plenária é importante para o julgamento o acusado” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1138).

De outra monta, é imprescindível que haja intimação do réu quanto à data do julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia, hipótese na qual, caso o julgamento ocorra preterindo as aludidas formalidades processuais, a nulidade se impõe de forma absoluta (art. 564, III, *g*, CPP). Todavia, caso o réu, não intimado, compareça à sessão, ou se, realizado o julgamento, a decisão for no sentido da absolvição, não deverá ser decretada a nulidade, em razão da inexistência de prejuízo à parte que aproveitaria.

No tocante à composição do Júri (art. 447, CPP), se, dos vinte e cinco jurados (juízes de fato) sorteados, em razão de impedimento, incompatibilidade, dispensa, recusa ou por causa diversa, não estiverem no plenário ao menos quinze jurados, e, ainda assim, não for adiado o julgamento (art. 464, CPP), haverá presunção do prejuízo tanto para o acusado como para a

sociedade, ocorrendo, na hipótese, nulidade absoluta. Nesse tema, o STJ proferiu a seguinte decisão:

HC 132268/SP. Ementa: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONVOCAÇÃO DE JURADOS DE OUTRO PLENÁRIO PARA COMPOR O QUORUM LEGAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE.

1. Eventuais irregularidades ocorridas durante a sessão de julgamento pelo júri devem ser arguidas em momento oportuno, a teor do que dispõe o art. 571, do Código de Processo Penal. Além disso, exige-se a demonstração do prejuízo experimentado (princípio *pas de nullité sans grief*). [...] 3. ‘Não enseja nulidade a complementação do número regulamentar mínimo de 15 jurados, por suplentes do mesmo Tribunal do Júri (Precedentes)’. Habeas Corpus nº 20.221/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23.6.03. 4. No caso, o Presidente do Júri, visando completar o *quorum* legal, ‘tomou por empréstimo’ de outro plenário quatro jurados, sendo que, nenhum deles veio a integrar o Conselho de Sentença. 5. Ordem denegada.

Ainda no intuito de garantir a lisura do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, especificamente no que concerne à lisura na realização do sorteio dos jurados e à imparcialidade dos componentes do conselho de sentença, o Código de Processo Penal estabelece a sanção nulidade caso não haja atendimento às formalidades legais para o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade (art. 564, III, *j*). Entrementes, já se posicionou o STF:

HC 74515/PR. Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE: INOCORRÊNCIA. DEFEITO NA FORMULAÇÃO DOS QUESITOS. QUESTÃO NÃO ALEGADA NA ÉPOCA OPORTUNA. ALEGAÇÃO DE DESENCONTRO ENTRE O ACÓRDÃO IMPUGNADO E AS RAZÕES DA DEFESA: EXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

**I. - O fato de um jurado, durante os debates, dirigir-se diretamente ao representante do Ministério Público não constitui nulidade, mas mera irregularidade, que foi de pronto reparada pelo juiz. II. - A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido de que eventuais erros quanto à formulação dos quesitos devem ser arguidos no momento processual oportuno, sob pena de preclusão (CPP, art. 479). III. - A alegação de desencontro entre o acórdão impugnado e as razões da defesa implicaria o exame do conjunto probatório, o que não se admite no âmbito estreito do "habeas corpus". Precedentes do STF. IV. - H.C. indeferido. CPP 479. (grifo nosso)**

Sob análogo enfoque, não é permitida, no processo penal, a existência de defeitos ou contradições tanto na quesitação, quanto nas respostas dos jurados. Orientado pelos princípios da simplicidade e da objetividade, o legislador previu que a formulação dos quesitos aos componentes do Tribunal do Júri, em atenção aos artigos 482 e 483, CPP, deve possibilitar uma resposta indene de “perplexidade confusão ou incompreensão” (CONSTANTINO, 2008, p. 148), através do “sim” ou “não” (*guilty or not guilty*). Desse modo, cabe ao juiz zelar para que haja objetividade e clareza

tanto nas perguntas, quanto nas respostas (art. 564, III, *k*, CPP). Caso haja oposição, impõe-se a nulidade absoluta.

Nesse cenário, “é absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório” (Súmula 156, STF). Ademais, o Pretório Excelso já reconheceu como relativa a nulidade decorrente de vício na quesitação, desde que o aludido quesito possa ser objetivamente aferido. Veja-se:

HC 93753//SP. Ementa: AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL RELATIVA. VÍCIO NA FORMULAÇÃO DE QUESITOS. INCOGNOSCIBILIDADE. FALTA DE PROTESTO OPORTUNO DURANTE A SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO CONSUMADA. HC DENEGADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 494, 495 E 572, I, CC. 571, VIII, DO CPP. PRECEDENTES.

Não se cogitando de nulidade absoluta, as que eventualmente gravem a sessão de julgamento em plenário do Júri hão de ser, sob pena de preclusão, arguidas logo depois de ocorrerem. [...].

Outrossim, em atenção aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e paridade de armas, a ausência/irregularidade no exercício da defesa ou acusação exercidas no Plenário do Júri podem, também, culminar em nulidade, uma vez que as partes detém semelhante oportunidade de sustentar oralmente suas teses, com ressalvas ao enunciado da Súmula nº 523, STF.

Por sua vez, sob o norte do devido processo legal, o legislador processual estabeleceu a sanção-nulidade nos casos de descumprimento de disposição que preconiza reexame necessário (art. 564, III, *n*, CPP), do descumprimento do quórum legal de julgamento no tribunais (art. 564, III, *p*, CPP), da falta de exame de corpo de delito, nos crimes materiais (art. 564, II, *b*, CPP), da ausência de intimação de testemunhas (art. 564, III, *h*, CPP) assim como no caso de vícios na sentença (art. 564, III, *m*, CPP, *c/c* art. 93, IX, CF). Ambos por consistirem em mecanismo imprescindível (*sine qua non*) à regular imposição da norma penal, exigida na norma processual.

Nos Juizados Especiais, em conformidade com os princípios que informam o procedimento sumaríssimo, os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 65, Lei 9099/95), de sorte que não se pronunciará nulidade sem que tenha havido prejuízo. “Haverá nulidade, portanto, quando o ato inválido afrontar a garantia do devido processo legal, causando evidente prejuízo às partes ou à administração da justiça” (BONFIM, 2012, p. 730).

De outro giro, tem prevalecido tanto nos tribunais quanto na doutrina que, em razão da dispensabilidade do inquérito policial, em razão de sua prescindibilidade à propositura de ação penal, os vícios nele ocorridos não têm o condão de contaminar a fase processual. Dessa maneira, as

irregularidades porventura ocorridas na fase de inquérito podem resultar na invalidade do ato viciado, mas não alcança a fase processual. Sobre o ponto, já se posicionou o Supremo Tribunal:

HC 73271/SP. Ementa: *HABEAS CORPUS* - ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM INQUÉRITO POLICIAL - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - TARDIA ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA - NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - SÚMULA 523/STF - REEXAME DA MATÉRIA DE FATO EM *HABEAS CORPUS* - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. INQUÉRITO POLICIAL - UNILATERALIDADE - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO - O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. [...] **VÍCIOS DO INQUÉRITO POLICIAL. Eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subseqüente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória.** [...]. (grifo nosso)

Todavia, caso a exordial acusatória esteja embasada tão somente em inquérito viciado, deverá ser rejeitada em razão da ausência de justa causa, ou seja, devido à ausência de lastro probatório mínimo e idôneo ao início da fase processual (art. 395, III, CPP).

Por fim, e não menos importante, em explicitação ao caráter exemplificativo do rol de nulidades, o artigo 564, IV, CPP, contém a previsão de nulidade processual, caso haja “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Assim, em nítida aproximação ao postulado do devido processo legal, todos os atos processuais deverão ser praticados em atenção às garantias constitucionais fundamentais das partes no processo penal. No ponto, houve expressa mitigação ao “princípio da especificidade das nulidades processuais, evidenciando a importância da atividade interpretativa do jurista, a partir da sistemática traçada” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1158).

### 3.2 DO RECONHECIMENTO JUDICIAL AO SANEAMENTO DAS NULIDADES: O ITER PROCESSUAL PENAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em análise ao cenário atual das nulidades processuais penais no Brasil, verifica-se que o modelo utilizado resulta em vários desencontros doutrinários e jurisprudenciais. A rigor, a nulidade, qualquer que seja ela, somente “ocorrerá após um ato judicial que decreta que o ato processual

inquinado não pode gerar os efeitos a que se destinava” (LOUREIRO; 2006, p. 14). A partir dessa premissa, adotada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, põe de lado a influência do direito privado, segundo a qual a nulidade dos atos processuais penais resultaria de defeitos congênitos, constituindo, em verdade, efeitos ou consequências da ausência do atendimento às prescrições/formalidades legais (FERNANDES; FERNANDES; 2002).

Nesse particular, segundo SILVA (2000, p. 213), a doutrina clássica visualiza a nulidade como “uma qualidade do ato, ou uma carência sua, de modo que o ato jurídico seria nulo quando ‘automaticamente’, houver nascido com alguma malformação, ou com deficiência de certo elemento que a lei considere indispensável à sua existência ou à sua validade”. Por seu turno, a moderna doutrina processualista compreende a nulidade como uma medida repressiva aplicada em razão da transgressão de um determinado modelo contido na norma, cujo resultado verifica-se da “faculdade que a própria lei outorga a alguém de impugnar o ato praticado em contravenção à norma”.

Em verdade, a nulidade, no âmbito do processo penal, “não é automática, porquanto é preciso que o juiz se manifeste expressamente para que cessem os efeitos do ato processual viciado (salvo impossibilidade natural ou lógica de produção de seus efeitos normais)” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1098).

No momento do reconhecimento da nulidade processual, o julgador deve estar atento aos diversos princípios que orientam o sistema de nulidades no processo penal brasileiro, de modo a facilitar tanto a interpretação quanto a aplicação dos preceitos normativos ao caso concreto.

Os princípios de ordem processual penal, elencados pela doutrina, constituem normas processuais incidentes quando do reconhecimento ou da convalidação do ato processual viciado. A partir do texto normativo, são construídos os princípios que orientam a atividade do intérprete no que concerne à temática das nulidades processuais.

Nesse norte, o art. 563, CPP, ao passo em que giza que “nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, consagra o princípio *pas de nullité sans grief* (ou do prejuízo), segundo o qual o reconhecimento judicial da nulidade estará condicionado à demonstração do prejuízo sofrido pela parte. Assim, tratando-se de nulidade absoluta, haverá presunção do prejuízo, dispensando qualquer demonstração. Caso consista em vício ensejador de nulidade relativa, a comprovação deverá ser feita tempestivamente pela parte interessada.

O aludido princípio, segundo posição de Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2007, p. 31-79), representa a “viga mestra” que orienta e conduz o sistema das nulidades no processo penal e

“decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito”.

Desse modo, “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”, se sorte que, uma vez configurada tal hipótese, não há que se falar em prejuízo, sob pena de apego ao excesso de formalismo em sacrifício aos objetivos da atividade jurisdicional.

Oriundo da ordenança francesa, de 1667 (MOSSIN; 2005, p. 79), o princípio *pas nullité sans grief* foi trazido ao ordenamento jurídico pátrio, reconhecido pelo legislador processual ordinário, segundo se observa da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, que delineia: “o projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa”.

Na interpretação do Supremo Tribunal Federal, o princípio representa dogma fundamental da disciplina das nulidades, corolário da natureza instrumental do processo.

HC 81510/ 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.

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. 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 sequência 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. (grifo nosso).

A problemática aduzida compreende que o princípio *pas de nullité sans grief* não possui aplicação restrita às nulidades relativas, mas também alcança o âmbito das nulidades absolutas, de modo que nestas últimas, impera a necessidade de demonstração do efetivo prejuízo sofrido pela

parte. Posição esta que vem sendo adotada pelo Pretório Excelso, acompanhada por numerosos seguidores na ordem doutrinária.

Com efeito, Mossin (2005, p. 82), em discordância à posição adotada pela Corte Suprema e pela referida doutrina do processo penal, afasta aplicação do princípio do prejuízo no cenário das nulidades absolutas ao advertir que sua aplicação é restrita ao âmbito das nulidades relativas, assentando que, nas absolutas há presunção de prejuízo, não havendo que se questionar, “para efeito da sanção de ineficácia, se o ato produziu ou não prejuízo às partes”.

Igualmente, Tourinho Filho (2008, p. 117) traça sua posição no assunto compreendendo como presumido o prejuízo nas nulidades absolutas, haja vista 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”, ressaltando que, por manifesto o prejuízo nas nulidades de ordem absoluta, este é *juris et de jure*, inadmitindo, portanto, prova em contrário.

Destacam Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2007, p. 33) a diferença estabelecida pelo legislador no que tange ao prejuízo nas nulidades absolutas, enquadrando-o não como presumido, mas na condição de evidente, asseverando que:

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 o corre nessas situações, em que a ocorrência do dano não oferece dúvida.

De maneira diversa, em consonância com o entendimento adotado pelo Excelso Pretório, Rangel (2009, p. 794-798) entende que não há acerto na afirmação segundo a qual nas nulidades absolutas o prejuízo é presumido, havendo, sim, adequação na corrente que entende que há presunção da existência de prejuízo, em decorrência da “previsão abstrata da lei, a salvo de qualquer indagação probatória”. Nessa linha, ainda quando “a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não admitindo sanatória, se não for e não houver prejuízo, para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato”.

A partir de então, são invocados os princípios da celeridade e da economia processual para alicerçar esta posição, de sorte que, diante da imperfeição do ato, em consonância com estes princípios, não há que se falar em renovação/retificação, se dele não resultar prejuízo para as partes. Assim, ainda que seja o caso de vício ensejador de nulidade absoluta, “há que se perquirir o prejuízo sofrido pela prática do ato em desconformidade com a lei”.

Nesse cenário, finaliza Nucci (2012, p.825):

[...] quando houver nulidade absoluta, deve ela ser reconhecida tão logo seja cabível, pois atenta diretamente contra o devido processo legal. Entretanto, havendo uma nulidade relativa, somente será ela proclamada, caso requerida pela parte prejudicada, tendo esta o ônus de evidenciar o mal sofrido pelo não atendimento à formalidade legal.

Em compasso com a regra do art. 567, CPP, segundo a qual “a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”, encontra-se o princípio da conservação dos atos processuais.

Seguindo a disposição acima, Oliveira (2010, p. 752) sustenta que tal compreensão “permite a ratificação de atos não decisórios, ainda que praticados posteriormente ao ato nulo, isto é, autoriza a ratificação de atos instrutórios, mesmo com a nulidade do ato de recebimento da denúncia”, quando for o caso “exclusivamente de nulidade decorrente de incompetência do juízo” – posição que prevalece, inclusive, no âmbito jurisprudencial.

De todo modo, segundo Alencar e Távora (2012, p. 1114),

[...] as possibilidades processuais nulificadoras dependerão de decisão judicial expressa e fundamentada que evidencie a compreensão do caso concreto e que encontre respaldo no sistema processual penal brasileiro, especialmente na Constituição Federal.

Por conseguinte, o dispositivo do artigo 565, do Código de Processo Penal, ao estatuir que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que tenha dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”, consagra o princípio do interesse, ou, nas lições de Alencar e Távora (2012, p. 1114), o princípio de que “não é dado a alguém beneficiar-se da própria torpeza, bem como o de que a parte deve ter interesse na declaração da nulidade”. Afasta-se, portanto, a má-fé (NUCCI; 2012, p. 826).

No plano doutrinário, trata-se de previsão concernente às nulidades de ordem relativa, uma vez que, apenas nestas, o reconhecimento do vício depende de arguição pela parte a qual interesse. De outro plano, considerando que nas nulidades absolutas o vício vai se encontrar ao interesse público, a invalidade deve ser reconhecida *ex officio* pelo magistrado, independente de qualquer provocação.

Aclarando a questão, Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 367) pronunciam:

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 absoluta é razoável que o legislador deixe exclusivamente a critério da parte prejudicada a provocação da decretação da nulidade.

Na questão trabalhada, segundo NUCCI (2012, p. 826), é exigido que a “parte prejudicada pela nulidade tenha interesse no seu reconhecimento. Logo, não pode ser ela a geradora do defeito, plantado unicamente para servir a objetivos escusos”.

Através do princípio da causalidade, apresenta-se o reconhecimento da nulidade que derive de um ato processual que, a partir de então, contaminará “os posteriores que dele sejam dependentes, com a consequência de dever-se anular todo o processo, a partir do ato celebrado com imperfeição” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2008, p. 366). Nessa direção é o texto do artigo 573, § 1º, CPP, que dispõe que “a nulidade do ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

Nesse ponto, cabe ao magistrado/tribunal reconhecer a nulidade ocorrida e, conforme o caso, especificar, expressamente, o alcance dos seus efeitos sobre os demais atos processuais. Nessa questão, Nucci (2012, p. 827) ressalta que

O princípio da causalidade significa que a nulidade de um ato pode ocasionar a nulidade de outros que dele decorram, constituindo mostra da natural conexão dos atos realizados no processo, objetivando a sentença. É o que se denomina, também, de *nulidade originária* e *nulidade derivada*.

Nesse ponto, Rangel (2009) infere que o princípio da causalidade busca definir o alcance da contaminação, ocasião na qual compete ao magistrado analisar de que modo o defeito na prática do ato se estende aos atos que lhe são subsequentes e dele dependem.

De outro plano, a nulidade do ato processual não será decretada quando “não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566, CPP). A partir deste dispositivo, decorre o princípio da instrumentalidade das formas e, ao seu lado, o princípio da verdade real (ou verdade processual), que orienta o processo penal.

Em razão do princípio da instrumentalidade das formas, a doutrina comenta que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de atuação do Direito, que o utiliza como mecanismo da jurisdição, seguindo o procedimento legal, e, ao fim, alcançando sua finalidade (OLIVEIRA; 2010).

Além disso, o reconhecimento judicial da nulidade deve lastrear o ideário de necessidade, uma vez que o processo demanda tempo e custo das instâncias democráticas. Nesse ponto, “os princípios da economia processual e da razoável duração do processo também permeiam a incidência normativa do art. 566, CPP” (ALENCAR; TÁVORA; 2012, p. 1114).

Nessa trajetória, o artigo 568, CPP, assevera que “a nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”. Por sua vez, o artigo 569, CPP, registra que “as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”.

Ainda nesse plano, o artigo 570, CPP, estatui que “a falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la”, competindo ao magistrado, neste caso, ordenar a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte”. Dos enunciados, consagra-se o princípio da convalidação dos atos processuais.

Adiante, em associação aos princípios da conservação, da finalidade e da convalidação dos atos processuais penais, os artigos 571 a 573 dispõem acerca dos momentos adequados à arguição, saneamento e renovação/retificação, respectivamente, dos atos processuais inquiridos por vícios ensejadores de nulidade, que, todavia, esbarra na polissemia classificatória das nulidades em absolutas e relativas.

Nem sempre a imperfeição do ato processual resulta na decretação se sua nulidade, visto que pode haver uma sucessão de acontecimentos que façam convaler o ato, que se revigora e sai da mira do decreto judicial de ineficácia.

No que tange aos atos inquinados de vícios ensejadores de nulidade relativa, caso não haja arguição, na primeira oportunidade que couber à parte interessada falar nos autos (art. 571, CPP), ocorrerá a preclusão da faculdade de alegá-la, oportunidade na qual poderá o juiz, conforme o caso, saná-lo ou superá-lo, nas hipóteses contidas no artigo 572, CPP. Nesta ocasião, dar-se-á por restabelecida a validade do ato.

Já no que atine à nulidade absoluta, mostram-se oportunos os ensinamentos de Cintra, Dinamarco e Grinover (2008, p. 371), que assentam:

[...] na maioria dos casos, passando em julgado a sentença de mérito, a irregularidade torna-se irrelevante a não se pode mais decretar a nulidade do ato viciado; mas há certos vícios que o legislador considera mais graves e que, mesmo após o trânsito em julgado, podem ser levados em conta para determinar a anulação. [...] Os vícios considerados no art. 621, inc. II, do Código de Processo Penal (falsidade) podem ser alegados a qualquer tempo, após o trânsito em julgado da sentença, através da revisão criminal (art. 622). Mas apenas o acusado dispõe dessa ação: ao Ministério Público ou ao acusador privado, vencidos no processo-crime, a lei não oferece qualquer caminho para postularem a nulidade do feito.

Contudo, alerta Nucci (2012, p. 844) que o trânsito em julgado da sentença pode levar, ainda, à impossibilidade do reconhecimento das nulidades e

[...] quanto condenatória a decisão, não havendo revisão em favor da sociedade, o princípio é absoluto. Entretanto, no caso da defesa, há a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal ou de *habeas corpus*, desde que se trate de nulidade absoluta. Além da preclusão, há possibilidade de se convalidar a nulidade, quando o ato processual viciado atingir a sua finalidade, como pode se ver no art. 570 do CPP.

Desta feita, tanto o reconhecimento judicial da nulidade quanto o saneamento do ato processual inquinado por defeito serão realizados pelo juiz após a compreensão das circunstâncias que envolvem o desatendimento das formalidades processuais. Tal compreensão, segundo Alencar e Távora (2012, p. 1160), “impõe uma visão conjuntural (do crime, do acusado, da vítima, da dignidade da pessoa humana, do estado de liberdade, da sociedade, do processo e do seu contexto)”.

De outra vertente, caso não haja possibilidade de correção/superação da falha, impera-se a consequente renovação ou retificação do ato anulado, de sorte que, se não houve conserto do vício na forma que estatui o Código de Processo Penal, mostra-se imprescindível que o magistrado proceda ao reconhecimento da nulidade do ato, e, em seguida, que seja determinada a sua renovação (nova prática do ato) ou retificação (conserto das irregularidades), consoante os preceitos do artigo 573, CPP.

Neste cenário, percebe-se que a inflação dos poderes conferidos ao magistrado, tornou-se problemática com reflexos práticos, mormente na órbita dos tribunais. De fato, “o crescimento dos poderes do juiz no processo contemporâneo é uma tendência publicista que não deve ser entendida necessariamente como autoritária, mas somente se for compensada pela participação das partes, que não pode ser, de maneira alguma, desprezada” (CABRAL; 2010, p. 384). Somente a partir dessa premissa, os direitos fundamentais encontram campo de atuação no processo penal acusatório.

#### **4 RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES PROCESSUAIS E VIOLAÇÃO AO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Empreendida a análise do sistema orientador das nulidades no processo penal brasileiro, percebe-se, claramente, a existência de um anacronismo entre o perfil normativo que modela a legislação e a interpretação efetuada pela doutrina e os tribunais, especialmente os superiores, o que resulta na incoerência da sistematização da matéria. Nesse campo, as nulidades devem, necessariamente, passar pelo crivo judicial para serem reconhecidas, de sorte que o vício não pode de outra forma ser reconhecido e declarado. Ao magistrado compete, ainda, delimitar a extensão dos efeitos advindos da sanção-nulidade.

Sob tal panorama, verifica-se que o sistema de nulidades adotado no processo criminal brasileiro demonstra inconsistências. Há separação de nulidades a partir de critérios antiéticos de política criminal, baseados em uma imprecisão no que se refere à graduação dos vícios e as consequências deles advindas, razão pela qual analisa Schmid (2004, p. 408):

É fácil constatar que o legislador não é proporcional ao estabelecer vícios e sanções processuais: suas escolhas nem sempre derivam da gravidade do defeito. O exemplo lapidar é o vício de citação, certamente aquele que dez entre dez processualistas indicam como o defeito mais grave da relação processual. Mesmo diante de sua evidente gravidade, pode ser convalidado pelo comparecimento espontâneo do réu (art. 570, do CPP, art. 503, do CPPM; no direito comparado, art. 184, do *Codice de Procedura Penale Italiano*). Ora, se as nulidades absolutas fossem insanáveis e decorrentes de defeito de maior relevo, como podem ser convalidadas? Parece-nos evidente a inexistência de proporcionalidade entre os defeitos e as invalidades previstas em lei.

Nesta problemática, o juiz assume papel de fundamental importância na persecução penal. No plano instrumentalista, enfatiza Cabral (2010, p. 382) que o julgador realiza uma dupla função ao promover a análise acerca da necessidade de invalidação de um ato processual:

Primeiramente, analisa o binômio perfeição-eficácia: compara as formas previstas na lei (o modelo normativo) com aquelas observadas quando da prática do ato processual (o suporte fático). Se concluir pela perfeição formal, considera-se válido e eficaz o ato praticado. Se houver atipicidade, isto é, desrespeito à forma, não segue automaticamente a decretação da invalidade, devendo o magistrado prosseguir à segunda etapa do raciocínio judicial: a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. A imperfeição do ato não é, portanto, suficiente para a invalidação.

No processo penal, o juiz atua como garantidor da eficácia do sistema constitucional, de forma que, não só pode, mas deve zelar pela forma/garantia (LOPES JR; 2010, p. 428). Em qualquer oportunidade, ainda que não haja postulação da parte, poderá o julgador verificar se o ato

praticado sem atenção às formalidades legais fere ou coloca em risco direito humano/fundamental e, em seguida, determinar sua repetição com o fim de saná-lo.

Não se olvide, aliás, que, ao lado de um extenso, porém ambíguo, rol de nulidades, abre-se margem para o excesso de interpretação por parte do magistrado. Somente por intermédio de sua atuação poderá o ato processual atípico ter a invalidade declarada, qualquer que seja o seu nível. Aqui se estabelece o campo de obscuridade relativamente ao estrito atendimento aos limites primados pelo legislador, haja vista a insegurança do réu no que se refere à circunscrição legal do julgamento do feito ao qual se vê inserido.

Nesta problemática, o juiz assume papel de fundamental importância, sobretudo no moderno cenário do processo penal, no qual o respeito às formas (*modus facendi*) perde destaque para o sentido teleológico da norma (*causa finalis*), em prestígio da celeridade, da economia processual e da exacerbada discricionariedade do magistrado, o que, por vezes, resulta na instrumentalização do processo em detrimento das garantias fundamentais das partes.

#### 4.1. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO ATENDIMENTO ÀS FORMALIDADES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Tendo em mira a ascendente importância adquirida pelo julgador na seara processual moderna, urge que sejam tecidos comentários no que se refere à sua atuação diante da existência do vício ensejador de nulidade.

Nesse particular, importa salientar que, a despeito da incongruência legislativa que toca a sistematização das nulidades no processo penal, será sempre indispensável que haja o crivo judicial para o seu reconhecimento, bem como quanto à posterior delimitação da extensão dos efeitos advindos. É o que observa Lopes Jr (2010, p. 462):

Todo e qualquer ato defeituoso somente será levado à categoria de ‘nulo’ quando for verificada a violação do princípio por ele assegurado e não for passível de ser sanado pela repetição. Mas não basta isso: é necessária uma decisão judicial que reconheça a nulidade. Então, nulidade só existe após uma decisão judicial.

Em remissão à teoria geral das nulidades, observa-se que a apreciação das nulidades pelo magistrado pode se dar com base em diferentes sistemas, firmados em duas principais direções: “(a) sistemas rígidos, especificando rigorosamente as nulidades; e (b) sistemas genéricos, amplos, dando fórmulas abertas e deixando ao intérprete a adequação aos casos concretos” (FERNANDES; FERNANDES; 2002, p. 41). A partir desta gradação, a doutrina elenca classificações outras, ou

sistemas de apreciação das nulidades processuais com vistas à melhor compreensão do campo de atuação do julgador.

Nesse trilho, podem ser elencados diferentes sistemas de nulidades processuais, divididos a partir da posição do julgador e em conformidade com os poderes que lhe são atribuídos, quais sejam: o sistema privatista, caracterizado por deixar a cargo das partes o ônus de reclamar a invalidade, que somente será reconhecida quando do ato resultar prejuízo e a parte, oportunamente, apontá-la, de sorte que, caso a parte interessada mantenha-se inerte, o órgão julgador não poderá reconhecê-la; o sistema legalista, no qual o magistrado encontra-se preso ao texto legal, ou seja, a atuação do julgador deve pautar-se em estrita observância às linhas traçadas pelo Código de Processo Penal, cuja observância é obrigatória; por último, o sistema judicial/instrumental, que por sua vez, consiste em autorizar a valoração judicial quanto à essencialidade do requisito não observado pelo ato processual, impondo-se, em alguns casos, a necessidade de provocação das partes (FERNANDES; FERNANDES; *apud* ALENCAR; TÁVORA; 2012).

Por seu turno, Rangel (2009, p. 793-794), descreve, em divisão semelhante, embora com algumas diferenças, também três sistemas processuais. Destacando-se, para melhor análise, dois deles. Em princípio, o sistema da certeza legal é aquele em que o legislador, desconfiado do juiz, articula, expressamente, em quais casos haverá de ser aplicada a sanção-nulidade, não conferindo margem de discricionariedade ao magistrado para, no caso concreto, perquirir se deve o ato necessariamente ser invalidado. Por sua vez, o sistema da instrumentalidade das formas assegura ao juiz a liberdade de decidir se o ato imperfeito deve realmente ser declarado inválido, uma vez que

[...] a existência de formas tem a função de proteger algum interesse que deva ser perquirido antes de ser invalidado o ato. Neste caso, o juiz deve investigar se o ato que foi praticado em desconformidade com a lei atingiu o seu fim. [...] se trouxe prejuízo para uma das partes, declara-se nulo o ato.

Baseada na redação do artigo 564, CPP, segundo o qual “não será declarada a nulidade do ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, parcela da doutrina entende que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o da instrumentalidade das formas.

Em seguida, miscigenando o sistema da certeza legal com o da instrumentalidade das formas, o sistema misto, tido pela maior parte da doutrina como o adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, ainda segundo Rangel (2009, p. 794), autoriza o juiz a perscrutar a lei (se a mesma diz que o ato é inválido) e, ao mesmo tempo “investigar se o ato influenciou em verdade substancial a decisão da causa, bem como se do ato imperfeito resultou prejuízo para as partes”. Em verdade, “o

sistema hodierno é o da instrumentalidade das formas, porém, há no Código resquícios do sistema da certeza legal”.

Em posição análoga, Constantino (2008, p. 36) avisa que o sistema de nulidades do Código de Processo Penal é marcado “por uma eclética formação, sedimentada pelo sistema legalista e pelo instrumental”, de forma que há “um elenco de determinadas nulidades, além da admissão de outras, não arroladas legalmente, cujo foco recai na questão do prejuízo e instrumentalidade”.

Vale salientar, que, através do artigo 564, CPP, são elencados vários casos de defeitos que podem resultar em nulidade. Este aspecto é também marcado por divergência doutrinária em relação à condição de taxatividade do rol, se exemplificativo ou *numerus clausus* (decorrente do princípio da especificidade).

Neste aspecto, mostram-se oportunos os ensinamentos de Alencar e Távora (2012, p. 1099-1100) abaixo transcritos.

O CPP brasileiro adotou um sistema eclético (com características dos sistemas legal e judicial/instrumental). [...] As possibilidades de defeitos dos atos processuais penais são amplas não se resumindo nos casos previstos no art. 564 do Código. Tanto isso é exato que o seu inciso IV testa a natureza aberta do sistema ao dizer que também ocorrerá nulidade “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

Não esquecendo que, ao passo que a nulidade de ordem absoluta pode ser declarada *ex officio*, a nulidade relativa precisa ser oportunamente arguida pela parte prejudicada pela produção do ato inquinado por vícios, sob pena de convalidação.

A doutrina adverte, ainda, que, a despeito da redação do artigo 564, CPP, afirmar que “a nulidade ocorrerá nos seguintes casos [...]”, levando a crer que haveria reconhecimento automático do vício, pela mera adequação à hipótese legal, de fato, incorre. Contudo, todo e qualquer ato imperfeito, segundo Lopes Jr (2010, p. 422) apenas será elevado à categoria de nulo quando for “verificada a violação do princípio por ele assegurado e não for passível de ser sanado pela repetição. Mas não basta isso: é necessária uma decisão judicial que reconheça a nulidade. Então nulidade só existe após uma decisão judicial”.

Além disso, importa lembrar que é dever do magistrado prover à regularidade do processo (art. 251, CPP). Seja qual for a imperfeição do ato (nulidade absoluta, relativa ou mera irregularidade), cabe ao julgador, “dele tomando conhecimento, determinar as diligências necessárias, visando afastar do processo as impurezas, escoimando-o, limpando-o, sanando-o”, conforme o caso (TOURINHO FILHO; 2010, p. 570).

O crescimento dos poderes do julgador torna-se problemático, refletindo-se na prática dos tribunais, principalmente pela falta de cientificidade no preenchimento casuístico da

instrumentalidade. Dessa forma, com a indeterminação do conceito jurídico de instrumentalidade, o magistrado aplicará os institutos conforme a apresentação do caso concreto que lhe é posto. Não obstante, a problemática central do brocardo *pas de nullité sans grief* não reside apenas na não atualização dos modelos adotados, mas, especialmente, na desmesurada ampliação dos poderes do juiz. É nesse passo a observação de Cabral (2010, p. 382):

Com efeito, ao atenuar a legalidade, flexibilizando as formas e cometendo ao juiz a análise da finalística das formalidades, até mesmo de ofício e sem necessidade de requerimento (e, no processo penal, a lei autoriza o conhecimento oficioso de muitos vícios), a teoria atual das nulidades gerou um descompasso no equilíbrio de forças entre os sujeitos do processo.

Vale observar que, a partir da flexibilização dos modelos normativos, há conferência de maiores poderes ao magistrado, de forma a aumentar o âmbito de discricionariedade em seus juízos. Em razão da problemática enfatizada, Passos (2005, p. 143-146) destaca bem a imprescindibilidade da atuação do julgador para que o ato viciado seja colocado à margem do processo. Segundo ele, “nada, ontologicamente, é lícito ou ilícito, proibido, devido ou permitido. Para que o seja, é indispensável um dizer do homem a seu respeito”, isto é, “o ato imperfeito é eficaz (ato irregular) e somente perde a eficácia que lhe é própria quando judicialmente sancionado com a nulidade”.

Na mesma perspectiva, Ivo (2006, p. 53) comenta que é o intérprete que confere sentido à incidência normativa, inclusive as que sancionam a invalidade, uma vez que caso a “incidência ocorresse sem a intermediação humana, não haveria a transformação do sentido”, de sorte que, a despeito da identidade textual, a norma edificada é distinta, ou seja, “a incidência da norma de ontem não é a mesma de hoje”.

Não sendo o processo um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento dirigido à aplicação da norma penal, os atos processuais devem atenção tanto à forma, quanto ao procedimento; ambos estabelecidos pela lei processual, sob pena de nulidade. Nessa linha, o Judiciário deve buscar desenvolver o processo da maneira mais efetiva, proporcionando a resposta à ação criminosa no menor lapso de tempo possível, poupando tempo e recursos das partes.

Dessa seara, emanam os princípios da celeridade e economia processual; sobejamente utilizados como fundamento para a convalidação e manutenção dos atos processuais viciados, sob o argumento da inexistência de prejuízo. Em outras palavras, deve-se assegurar às partes uma resposta da máquina estatal num prazo moderado, considerável, apto à resposta à pretensão postulada (FRANÇA; 2012).

Em síntese, a celeridade processual, inaugurada pela Emenda Constitucional 45/2004, estatuída no artigo 5º, LXXVIII, dispõe que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são

assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nessa predileção, os Juizados Especiais Criminais desenvolvem atribuição fundamental à efetivação dos postulados da celeridade e economia processual. Dentre outros dispositivos da Lei 9099/95, que regulamenta os Juizados Especiais Criminais, destaca-se aquele que traz a previsão abaixo transcrita:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Entretanto, a abrangência dos princípios da celeridade e da economia processual não é restrita apenas aos Juizados Especiais Criminais, mas, em tese, também alcança a seara dos Juízos Ordinários e dos Tribunais.

Malgrado a necessidade das posturas apresentadas, insta destacar que, em conseqüência ao seu atendimento, houve abertura considerável para o fenômeno da relativização das nulidades processuais, que prestigia a discricionariedade e o subjetivismo do juiz, implicando, assim, em incontestável fragilização do sistema acusatório, o que, segundo Alencar e Távora (2012, p. 1108), é por demais perigoso, de maneira que

Melhor então será que o juiz, sem perder de vista a utilidade das classificações para aferição dos vícios processuais e da sanção nulificadora que caiba, compreenda o leque de possibilidades para a aplicação e interpretação da legislação processual penal em compasso com a Constituição Federal e confira assim efetividade celeridade ao processo, sem que com isso implique mitigação às garantias fundamentais das partes.

Igualmente, será adequado que, constatando, no caso concreto, que a aplicação da sanção-nulidade dirige-se a um resultado sem respaldo constitucional, deverá o magistrado procurar buscar uma hermenêutica que viabilize as possibilidades de compreensão em conjunto (sujeitos processuais, ordenamento jurídico e contexto social) (LOUREIRO; 2006).

Sob uma perspectiva teórica, seguindo a posição de Gomes Filho, Grinover e Fernandes (2007, p. 31),

[...] as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade do ato pela qual a forma foi instruída estiver comprometida pelo vício.

Quando se trabalha na dimensão da instrumentalidade processual, a partir do qual os atos são meios e não fim em si mesmo, confere-se relevo aos princípios do prejuízo e da

instrumentalidade das formas, importados do direito processual civil. Nessa ótica, apenas poderá ser declarada a nulidade do ato se o ato não atingir o objetivo ao qual se propõe e, assim, causar prejuízo. Nesse palco, adverte Lopes Jr (2010, p. 424):

O problema está na manipulação feita em torno dessa concepção, por parte de quem julga, que encontra um terreno fértil para legitimar o que bem entender. [...] a finalidade do ato processual cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia ao princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do princípio constitucional (nela contido).

No campo dos Tribunais, é bastante comum localizar decisões nas quais se legitima a validade/eficácia de um ato defeituoso sob o argumento de que o processo, ainda que defeituoso, atingiu os fins ao quais se propunha, marginalizando a presunção de prejuízo ao réu. Tais decisões impedem a eficácia dos princípios constitucionais por trás das nulidades absolutas, e observa-se que, certamente, o processo resultará em uma sentença condenatória. É o que se observa da análise do posicionamento exarado pelo STF abaixo transcrito:

HC 92568-5/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. (grifo nosso)**

Em outra ocasião, também se posicionou o Supremo Tribunal:

HC 86166-1/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.

Em terreno de constante tensão doutrinária e jurisprudencial, o prejuízo, ou sua ausência, na condição de critério-objeto distintivo entre as nulidades absolutas e relativas, igualmente problemático e ambíguo, abre-se amplo espaço para a discricionariedade do magistrado, e,

consequentemente, extenso âmbito de manipulação. Nesse sentido, é precisa a lição de Coutinho (2001, p. 44), segundo a qual o prejuízo,

[...] em sendo um conceito processual penal indeterminado (como tantos outros dos quais está prenhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as complicações dos julgados, que não raro expressam decisões teratológicas.

Mais uma vez, a problemática se expressa pela inadequada transposição de categorias e institutos do processo civil para o processo penal. Analogicamente, o fenômeno da relativização das nulidades (absolutas) do processo civil está sendo importado para o processo penal, de forma a negar-se, constantemente, a eficácia aos princípios constitucionais do processo penal.

Hodiernamente, os Tribunais brasileiros subjagam direitos e garantias fundamentais com base na utilização do princípio francês *pas de nullité sans grief*, colocando à margem o desatendimento à forma imposta pela norma processual, o que, em princípio, deveria resultar em vício de ordem insanável (nulidade absoluta), e, nessa linha, passa a ser reconhecida como relativa, obrigando a parte a sujeitar-se aos limites preclusivos e, sobretudo, à demonstração probatória do prejuízo arcado. Não é outra a posição do Supremo Tribunal Federal, que, a despeito da posição de guardião maior da Constituição Federal, consolida, ainda mais, a tese de que o princípio *pas de nullité sans grief* tem aplicação frente às nulidades absolutas, conforme se observa no julgado abaixo:

AgRg no AI 559632/MG. Ementa: 1. Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, para afastar as nulidades arguidas, 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 mutandis*, 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 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. (grifo nosso)

Em igual sentido, também já se posicionou a Corte Suprema:

HC 92.819/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 expressa mente 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 efetividade 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 *pas de nullité sans grief***. A impetrante não indica, concretamente, qual teria sido o prejuízo sofrido pelo paciente. [...] 9. Habeas corpus denegado. (grifo nosso)

Partindo do que aí está, é preciso saber que, caso tenha havido desatendimento à forma estabelecida na lei, naturalmente tal atipicidade gerará prejuízo, sob pena de admitir-se que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil (BADARÓ; 2007).

De toda maneira, importa a compreensão jurídica que distingue o vício do ato processual e a sanção advinda em razão de sua desconformidade legal. Não é demais ressaltar que, apenas após o crivo do julgador, terá lugar a reprimenda judicial sobre o ato.

Em outras palavras, interessa a inteligência de que tal fenômeno jurídico atrela, sob uma ótica, a análise das circunstâncias de defeito/vício processual, que recai em razão da atipicidade do ato, e, sob outra, a atuação do julgador por meio da sanção-nulidade, uma vez atendidos os requisitos, advirta-se: prejuízo presumido/evidente nas nulidades de ordem absoluta, e oportunamente demonstrado nas de ordem relativa. Em todo caso, haverá sempre a necessidade da manifestação judicial sobre a atipicidade do ato processual e os efeitos dela decorrentes.

Em compasso com esta noção, faz-se imperiosa a análise, sob o prisma do devido processo legal, acerca do impasse doutrinário e jurisprudencial que toca o fenômeno da relativização das nulidades no processo penal brasileiro.

## 4.2 A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E VIOLAÇÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Palco nebuloso para qualquer órgão judiciário comprometido com a Constituição Federal é o sistema das invalidades no processo penal brasileiro, haja vista a gama de atos processuais defeituosos, cuja situação fática dificulta a formação de um eixo teórico lógico e isonômico para atender a tamanha complexidade. Pior ainda, é quando a este cenário soma-se o fenômeno das relativizações diariamente perpetradas pelos tribunais e juízes, por vezes embasados apenas na teoria geral do processo e, analogicamente, no direito civil e direito processual civil, deixando à margem as garantias fundamentais das partes em primazia da celeridade e da economia processual.

Como se observa, a jurisprudência brasileira é desordenada no tratamento da matéria, fator que resulta da má sistematização empreendida pelo legislador processual e do emprego impróprio da analogia com as categorias do direito privado. Tudo isso é resultado da denominada “superficialização da teoria geral do processo”, que, costumeiramente, ergue categorias comuns distantes das razões da política processual (BINDER; 2003), apesar da incompatibilidade com a especificidade do processo penal, que exige atenção às peculiaridades de seus institutos jurídicos.

Noutro patamar, estão os atos processuais ajuizados sem a adequação exigida à forma legal, ocasião na qual há violação ao princípio processual tutelado. “Aqui existe uma lesão principiológica que compromete a regularidade processual, dando lugar à discussão em torno do caráter absoluto ou relativo da nulidade (na doutrina tradicional), ou naquilo que chamamos de ato defeituoso sanável ou insanável” (LOPES JR; 2010, p. 419).

Somado a isso, a jurisprudência muda constantemente de rumos nessa temática, tornando-se extremamente arriscada a definição, *a priori*, de quais sejam os casos de nulidades absolutas ou relativas nas bases traçadas pelo Código de Processo Penal brasileiro.

Nesse aspecto, recai a crítica sobre a má utilização do brocardo *pas de nulité sans grief*, ou teoria do prejuízo, que agrava, ainda mais, a crise das nulidades no processo penal. Nesse trilho, caso haja alguma garantia na denominada nulidade absoluta, tudo perde o sentido com a relativização hodiernamente empreendida pelos tribunais brasileiros.

Partindo do que aí está, apesar do escopo principal da teoria das nulidades assegurar o devido processo legal ao réu, a forma, por vezes, é colocada em um plano secundário em primazia da economia processual e da celeridade do feito.

Tecidas as considerações indispensáveis à compreensão dos sistemas de nulidades, é chegado o momento de debater as questões relativas ao fenômeno da sua relativização no processo

penal brasileiro, cujo estudo deve ter como norte o direito humano fundamental do devido processo legal e seus reflexos emanados sobre toda a persecução penal. Neste diapasão, será verificado que nem sempre haverá como rotular as nulidades apenas em absolutas e relativas, uma vez que, no plano concreto, as imprecisões inquinadas nos atos processuais não se revelam somente através das denominações básicas apontadas pela doutrina.

De fato, será possível observar que as nulidades apresentam-se em “multiníveis”, como preferem Alencar e Távora (2012, p. 1122), de maneira que a extensão dos efeitos dos atos viciados pode apresentar-se em maior ou menor gravidade, conforme o caso, hipótese na qual é salientada atuação do julgador.

Além disso, mostra-se oportuno ressaltar que boa parcela da doutrina inclina-se no sentido de que a nulidade somente deve ser reconhecida em último caso, apenas se não houver possibilidade de manutenção do ato processual defeituoso sem que haja prejuízo para a parte. É o contexto que indica a existência de uma meta legislativa no sentido do máximo aproveitamento dos atos processuais e de que sua anulação deve se dar apenas em caráter excepcional (CABRAL; 2010), apenas aplicável como *ultima ratio*, caso não haja outra solução menos onerosa e gravosa para o trâmite processual. Nessa perspectiva, sobreleva McNamara (2010, p. 6) que “existe uma preferência normativa pela validade dos atos do processo, ou seja, uma diretiva do ordenamento que sugere ao aplicador que, em caso de dúvida, deve-se manter o ato pela sua validade”.

Merece destaque, neste momento, anotar que o objetivo deste tópico consiste em avaliar apenas os pontos onde residem as controvérsias, nos planos doutrinário e jurisprudencial, de maior relevo quanto ao tratamento das nulidades de ordem absoluta, de modo que os comentários não objetivam alcançar a totalidade das hipóteses contempladas na legislação processual penal.

Dito isso, é preciso destacar que a tendência de relativização das nulidades não é apenas visualizada em relação aos preceitos encabeçados na legislação processual, mas, também na ordem constitucional, há diversos julgados que, em seu bojo, optaram por desprezar os preceitos constitucionais em primazia da manutenção do feito.

À margem da previsão contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, segundo a qual “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, bem como da letra do art. 5º, LX, da Constituição, que verbera que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, o Superior Tribunal, contrariando seus próprios julgados, já proferiu entendimento segundo o qual, não demonstrado qualquer

prejuízo pela defesa, o fato do processo criminal haver tramitado em segredo de justiça não enseja, necessariamente, a sua invalidade. Veja-se:

HC 148723/SC. Ementa: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO PROCESSO. TRAMITAÇÃO EM SEGREDO DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Se a Defesa não impugnou, em qualquer momento processual, o fato de o processo ter tramitado em segredo de justiça, não sendo a tese objeto da apelação julgada pelo Tribunal de origem, vindo a ser suscitada somente posteriormente, em *habeas corpus*, operou-se a preclusão da matéria. 2. **Tendo o feito tramitado em segredo de justiça por determinação da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado, não se demonstrando qualquer prejuízo à Defesa, que teve o devido acesso aos autos, não há nulidade a ser reconhecida.** 3. Ordem denegada. (grifo nosso)

Em sentido contrário, o STJ, reconhecendo a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, decidiu:

HC 131700/PE. Ementa: PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. 1. MOTIVAÇÃO. CARÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 2. EXCESSO DE LINGUAGEM. EXPOSIÇÃO COMEDIDA. ORDEM DENEGADA.

1. **O dever judicial de motivação das decisões é corolário do devido processo legal, que viabiliza às partes o exercício do duplo grau de jurisdição, além de permitir, a todos, a fiscalização da atuação do Poder Judiciário.** A pronúncia, contudo, dadas as suas particularidades deve ser sucinta, sob o risco de desbordar em excesso de linguagem. *In casu*, de modo comedido, admitiu-se a acusação, salientando que o afastamento da qualificadora seria providência açodada, devendo, antes, tal circunstância ser apreciada pelo tribunal popular. 2. Ordem denegada. (grifo nosso)

Segundo o art. 564, I, CPP, ocorrerá nulidade no caso de incompetência, suspeição ou suborno do juiz. Nesse semblante, a doutrina vem sustentando que, em se tratando de competência constitucional, sua violação resulta na inexistência do ato, não apenas na sua anulação. No mais, caso não seja a competência estatuída diretamente pela Constituição Federal, poderá haver a divisão em absoluta (*ratione materiae e ratione personae*), que não admite prorrogação, e, caso infringida, é de ser reconhecido o vício como de nulidade absoluta, ao passo que a competência territorial (*ratione loci*), por admitir prorrogação, é considerada como de natureza relativa (NUCCI; 2012).

Noutro plano, quando houver impedimento, por haver vedação ao exercício do poder jurisdicional do julgado em determinado processo (art. 252, CPP), será inexistente qualquer ato ou decisão tomados. Já no caso de suborno, poderá a qualquer momento ser arguido o vício, ensejando nulidade absoluta do feito. De maneira diversa, a suspeição do julgador deverá ser oportunamente alegada pela parte interessada através da exceção cabível, sob pena de preclusão (ALENCAR; TÁVORA; 2012).

Contudo, essa posição não tem prevalecido na jurisprudência dos tribunais. O Pretório Excelso, *verbi gratia*, compreende que a nulidade em caso de incompetência absoluta importa na nulidade apenas dos atos decisórios e no sentido de que a incompetência de ordem relativa não traz como consequência a nulidade de qualquer ato já praticado. Nesse norte, uma vez reconhecida a incompetência relativa, a única consequência é o encaminhamento dos autos ao juízo, de fato, competente, com o aproveitamento de todos os atos já praticados, veja-se:

HC 85019/MG. Ementa: *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTE.

1. Sendo a pena máxima do crime tipificado no art. 306, do CTB, de três anos, não se trata de crime de menor potencial ofensivo, razão pela qual falece ao Juizado Especial Criminal competência para o julgamento do feito. 2. **A declaração de nulidade por incompetência do Juizado Especial depende da demonstração de prejuízo.** 3. *Habeas corpus* parcialmente concedido para anular o acórdão proferido pela Turma Recursal, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para julgamento da apelação, como entender de direito. (grifo nosso)

Sob análogo enfoque, também já se posicionou o Supremo:

HC 85350/MG. Ementa: *HABEAS CORPUS*. CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 303, 306 E 308, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. JULGAMENTO PELO JUIZADO CRIMINAL ESPECIAL. NULIDADE RELATIVA.

Os Juizados Especiais não são competentes julgar processos relativos aos crimes tipificados nos artigos 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro, por não se enquadrarem no conceito de "menor potencial ofensivo". **O entendimento firmado nesta Corte é de que a arguição de nulidade, fundada na incompetência do Juizado Especial, reclama demonstração de prejuízo.** A anulação do acórdão proferido no recurso respectivo pela Turma Recursal, a fim de que o julgamento seja feito pelo Tribunal de Justiça, minimiza a relevância da alegação de incompetência do Juizado Especial. Ordem parcialmente concedida. (grifo nosso)

Na aludida hipótese, a rigor, o vício que recai sobre a incompetência seria de ordem absoluta. Todavia, como se viu, o Supremo Tribunal Federal vem relativizando-a. Nessa perspectiva, também decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná, observe-se:

HC 6225295/PR. Ementa: *HABEAS CORPUS* - ART. 45 E 50, DA LEI 9.605/98 - CORTE DE ARAUCÁRIAS - CRIME PROCESSADO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - APELAÇÃO JULGADA PELA TURMA RECURSAL - INCOMPETÊNCIA - NULIDADE RELATIVA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - ORDEM DENEGADA. 1. **"A declaração de nulidade por incompetência do Juizado Especial depende da demonstração de prejuízo."** (STF, HC 85019, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julg. em 15/02/2005)2. **"O processo não é um fim em si mesmo, merecendo aproveitamento todos os atos que atingiram a sua finalidade e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório"**.

Não bastasse isso, tem prevalecido a posição segundo a qual o recebimento da inicial acusatória pode ser dado por juiz absolutamente incompetente, que, por si só, já afetaria o *status dignitatis* do réu, poderia operar os efeitos jurídicos adequados após a ratificação pelo juízo competente. Perceba-se:

HC 94372/SP. Ementa: *HABEAS CORPUS*. DISTRIBUIÇÃO DE AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA ANULADA. RATIFICAÇÃO MONOCRÁTICA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

**A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal admite a ratificação dos atos decisórios praticados por órgão jurisdicional absolutamente incompetente.** Ademais, o Superior Tribunal de Justiça não anulou o ato do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que recebeu a denúncia oferecida contra os pacientes, chegando mesmo a mencionar que caberia "ao relator decidir a respeito da ratificação dos atos decisórios já procedidos". Daí a conclusão de que a denúncia foi recebida pelo colegiado do Órgão Especial do TRF da 3ª Região (não sendo tal ato anulado pelo STJ). Somente a ratificação desse ato é que se deu monocraticamente. Sendo assim, não há como ser acolhido o argumento de que a convalidação do ato de recebimento da denúncia deveria operar-se de forma colegiada, e não monocraticamente. Entendimento contrário levaria à submissão da inicial acusatória, novamente, ao mesmo órgão colegiado, que já se pronunciou pelo recebimento da denúncia. Ordem denegada. (grifo nosso)

Noutro giro, o Código de Processo Penal estabelece que haverá nulidade quando ocorrer ilegitimidade da parte (art. 564, II), aqui compreendidas a ilegitimidade *ad causam* (condição da ação) e a ilegitimidade *ad processum* (pressuposto processual que alcança as capacidades de ser parte, de estar em juízo e postulatória).

Sobre o ponto, importa destacar que, quando a ilegitimidade referir-se à ação penal, não há que se falar em convalidação, razão pela qual a nulidade impõe-se de modo absoluto. Por outro lado, quando se cuidar de ato processual interposto por representante não constituído, ou com representação irregular, admite-se, sem maiores controvérsias, a sua convalidação, tratando-se de nulidade meramente relativa, sob o alcance do art. 568, CPP.

Não é outro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que verbera:

HC 12815/SP. Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA. PROCURAÇÃO. CO-RÉU EXCLUÍDO. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. ART. 49 DO CPP. DECADÊNCIA.

**I - A falha na procuração, em virtude do que dispõe o art. 44 do CPP, não sendo questão pertinente à legitimidade de parte, mas, isto sim, à representação, possibilita ao julgador aplicar o disposto no art. 568 do CPP ("poderá ser a todo tempo sanada"), inclusive se superado o prazo decadencial (Precedentes STJ e STF).** II. A não inclusão na queixa, dentro do prazo decadencial de todos os co-réus embora possível, importa em renúncia tácita do direito de ação quanto aos excluídos. Por força do princípio da indivisibilidade da ação penal (art. 49 do CPP), deve tal renúncia produzir efeitos em relação aos demais possíveis autores do crime (Precedentes). III - Nos crimes contra a propriedade imaterial o prazo do art. 529 do CPP prepondera, por ser específico, sobre o disposto nos arts. 38 do CPP e 103 do CP. *Habeas* concedido. (grifo nosso)

Afora isso, para Código de Processo Penal, é indispensável a realização do exame de corpo de delito nos crimes materiais (art. 564, II, *b*), salvo em caso de absoluta impossibilidade, oportunidade na qual poderá ser suprido por prova testemunhal (art. 167).

Via de regra, a ocorrência de defeitos sobre a hipótese acima tratada resulta em nulidade absoluta. Aliás, Mossin (2005, p. 140-141) pontua:

Se houver a omissão ou a ausência material ou física do exame de corpo de delito direto ou indireto, a nulidade será absoluta, insanável. [Contudo], como a declaração de nulidade absoluta seria totalmente inócua, uma vez que não haveria como realizar-se o exame de corpo de delito pelo desaparecimento dos vestígios do crime, a solução processual mais racional é a absolvição do acusado por falta de prova.

Entretanto, ponderam Alencar e Távora (2012; p. 1146-1147):

Se for o caso de crime material (delito não transeunte, que deixa vestígios, a exemplo do homicídio) e, mesmo tendo deixado vestígios, não tenha sido realizado o exame de corpo de delito na época própria, mas prova indireta, o resultado do julgamento, em cotejo com o conjunto probatório, poderá indicar que a nulidade não deve ser decretada.

Assim, percebe-se que boa parcela da doutrina segue o entendimento de que, o defeito procedimental sobre a realização do exame de corpo de delito “pode ser causa de nulidade”, que, entretantes, é de natureza relativa, e que, além do mais, impõe à parte a tempestiva demonstração do prejuízo (NUCCI; 2012).

Para Gomes Filho, Grinover e Scarance (2007), a ausência de compromisso do perito não oficial enseja nulidade relativa. Já para Mossin (2005), em posição majoritária, cuida-se de mera irregularidade. De acordo com esta última posição, já entendeu o Supremo Tribunal:

HC 66559/SP. Ementa: TRAFICO DE ENTORPECENTE (ART. 12 DA LEI N. 6.368, DE 21.10.1976). LAUDO DE EXAME TOXICOLOGICO. PERICIA (ART. 159 DO C.P.P.). SÚMULA 361. FLAGRANTE PREPARADO. SÚMULA 145. ABSOLVIÇÃO DO RÉU OU DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. H.C. INDEFERIDO.

1. Não havendo peritos oficiais, o exame toxicológico pode ser feito por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferencia as que tiverem habilitação técnica, como ocorreu no caso, com observância, portanto, do parágrafo 1º, do art. 159, do C.P.P e sem afronta a súmula 361. 2. **A falta de compromisso de tais peritos constitui mera irregularidade, que, na hipótese, não causou qualquer prejuízo ao réu (art. 563 do C.P.P.), nem foi por este oportunamente alegada, tornando-se, pois, questão preclusa (arts. 564, IV e 572, i).** 3. Não tendo havido, na espécie, flagrante provocado, mediante induzimento ao crime, por parte da autoridade policial, não se caracterizou a hipótese prevista na súmula 145. 4. A absolvição do paciente ou a desclassificação do delito não podem ser obtidos mediante 'habeas corpus', quando exigem exame aprofundado de provas. (grifo nosso)

Mais uma vez, verifica-se que doutrina e jurisprudência relativizam os efeitos da nulidade que, em princípio seria de ordem absoluta, assegurando, por essa via, a continuidade da persecução

processual, em detrimento da forma legalmente estatuída com o fim de tutelar a segurança da instrução probatória.

Por seu turno, é inadmissível o processo penal tanto a falta, quanto a deficiência de defesa. Neste âmbito, considerando a regra do art. 5º, LXXIV, CRFB, segundo a qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, bem como a instituição das Defensorias Públicas da União e dos Estados, com a incumbência de garantir, em todos os graus, a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, o ideal e mais coerente seria que a falta ou a deficiência de defesa no processo penal caracterizasse vício ensejador de ordem absoluta.

Entretanto, não é esse o tratamento conferido à problemática pelo STF. Oportuno lembrar o teor da Súmula nº 523, que averba que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”. Assim sendo, na primeira ocasião, não sendo nomeado defensor ao réu, caso este não possua advogado (art. 261, *caput*, CPP), origina-se nulidade absoluta. Ao revés, a carência de defesa não constitui, obrigatoriamente, motivo ensejador de nulidade, nesta hipótese relativa, uma vez que demanda a oportuna arguição do prejuízo sofrido pelo acusado.

No entanto, há casos nos quais a deficiência da defesa é evidente de tal forma que se torna equivalente à ausência, motivo pelo qual deve o julgador preocupar-se com o zelo de amplitude do seu exercício, procedendo à nomeação de outro defensor.

Sobre o ponto, Loureiro (2006, p. 1123) adverte que há “conivência do Judiciário com as violações ao escudo protetivo do réu”, de sorte que, com isso, o acusado é duplamente prejudicado: tanto “pela deficiência de defesa”, quanto pelo ônus de provar que “realmente sofreu o prejuízo”. Aqui prossegue a crítica em relação à excessiva discricionariedade quanto à delimitação do limite entre as nulidades absolutas e relativas, ambiente no qual, sabendo-se “que é praticamente impossível comprovar o dito prejuízo”, há autorização para que o juiz aprecie como nulidade relativa à circunstância que, intimamente, não pretenda sancionar com a invalidade.

Igualmente, Lopes Jr (2010, p. 447) considera que a Súmula nº 523, do STF, gera uma situação paradoxal, não sendo necessário maior esforço para

[...] verificar o erro ao considerar que o oposto de ampla seria a falta. Ora, se a Constituição assegura a “ampla” defesa, sua antítese é a defesa restrita ou deficiente, sendo essa situação causa de nulidade. O que a Súmula do STF diz é: o contrário de “ampla” é “falta” e, portanto, a defesa deficiente ou restrita não viola a garantia constitucional. O equívoco é manifesto, mas, infelizmente, a Súmula é constantemente invocada e utilizada por sua própria imperfeição. Ou seja, é um erro que legitima a violação da garantia constitucional.

Para melhor ilustrar a mais adequada interpretação, mostra-se oportuna a análise do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

HC 57425/RJ. Ementa: CRIMINAL. HC. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. ALEGAÇÕES PRELIMINARES. DILIGÊNCIAS. TESTEMUNHAS. ALEGAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIA A OUTRA EMPRESA. PREJUÍZO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese na qual o paciente foi condenado pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária e sustenta a deficiência da defesa técnica que lhe foi promovida no decorrer da ação penal. II. A atuação da defensora dativa revela que desconhecia o processo criminal instaurado contra o paciente, os fatos que o ensejaram e suas peculiaridades, pois não formulou argumentação capaz de infirmar a denúncia e não arrolou testemunhas na defesa prévia, embora tenha afirmado que "*os fatos não se passaram conforme consta na peça exordial acusatória*", e que, "*após a instrução criminal*", restaria comprovada a inocência do acusado. III. A fase do art. 499 passou sem pedido de diligências e, quando das alegações finais, referiu-se à instrução como se tivesse ocorrido e tratou o feito como se movido à apuração de crime contra a ordem tributária referente a outra empresa do paciente, e não àquela em que teriam sido recolhidas as contribuições previdenciárias supostamente apropriadas. IV. **O princípio da ampla defesa, assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, deve ser caracterizado pelo exercício real e efetivo da defesa do acusado, ainda mais no âmbito do processo penal, por estar em jogo o *status libertatis* do indivíduo.** V. Ante a deficiência de defesa do paciente, evidencia-se a ocorrência de prejuízo, em virtude da prolação de sentença condenatória, nos termos do verbete da Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal. VI. Precedentes desta Corte. VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, para anular a ação penal instaurada em desfavor do paciente a partir da apresentação das alegações preliminares, inclusive, a fim de que, realizado seu interrogatório, seja assistido por defesa técnica adequada, determinando-se a expedição de alvará de soltura. VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator, julgando-se prejudicadas as demais alegações da impetração.

Não raro, a jurisprudência mostra-se favoravelmente inclinada à relativização das nulidades absolutas, tornando, por vezes, exigível a demonstração oportuna de prejuízo pelo réu. Nesse sentido, já se posicionou a Corte Suprema:

HC 88193/SP. Ementa: *HABEAS CORPUS*. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PREJUÍZO POR FALTA DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPROCEDÊNCIA.

Ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à inclusão em pauta do recurso de apelação. Intimação feita por meio da imprensa oficial. **Nulidade absoluta, face à ausência de sustentação oral. Relativização: Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta, sobretudo quando a arguição é feita cinco anos após a data em que a condenação tornou-se definitiva.** Ordem denegada. (grifo nosso)

Não é outra a compreensão sedimentada na esfera do STJ, conforme se observa a partir excerto abaixo transcrito:

HC 94570/SP. Ementa: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DOLOSO. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. PROVIMENTO. ANULAÇÃO DO JÚRI. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO. AUSÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. HIPÓTESE DE RELATIVIZAÇÃO. IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS SOMENTE APÓS A SESSÃO DE NOVO JÚRI E DECORRIDOS MAIS DE 1 ANO E 5 MESES. PRECLUSÃO. INÉRCIA DA DEFESA. PRECEDENTES DO STJ E STF. ORDEM DENEGADA. 1. **Ainda que se reconheça a natureza absoluta da nulidade por ausência de intimação do Defensor Público para a sessão de julgamento do recurso, por afronta ao princípio da ampla defesa, é de se atribuir, no caso dos autos, a hipótese de relativização.** 2. Ocorre a preclusão ante a inércia da defesa, ainda que pessoalmente intimada do julgamento do apelo acusatório e que somente vem a arguir a nulidade por vício de intimação após sessão do Júri que condena o paciente e passados 1 ano e 5 meses da publicação do acórdão a que se pretende anular. 3. Ordem denegada. (grifo nosso)

Essa linha retrata nitidamente a fragilidade da classificação das nulidades em absolutas e relativas. Isso porque a referência aos multiníveis de nulidades traz a vantagem de realçar as várias formas através das quais se apresenta a nulidade absoluta, abstratamente visualizada, pode se apresentar *in concreto*, por isso mesmo, concluem Alencar e Távora (2012, p. 1123) que

[...] a extensão em maior ou menor grau da sanção dependerá das repercussões do vício e da decisão judicial eu fundamentadamente explicita seus efeitos. [Dessa maneira] o reconhecimento judicial da nulidade por falta ou deficiência de defesa deverá ser esposado suficientemente pelo magistrado. Nem sempre a deficiência de defesa deve ser considerada nulidade relativa, notadamente quando se cuidar de réu pobre, mercê de a ele ser garantido pela Constituição o patrocínio por advogado concursado, integrante dos quadros da Defensoria Pública. A falta de defesa, por sua vez, é ainda mais inconcebível.

Por sua vez, se a citação não for realizada, ou se realizada em desacordo com as normas processuais, prejudicando ou cerceando os direitos ao contraditório ou à ampla defesa do réu, impõe-se, conseqüentemente, a nulidade absoluta. Em razão da sua importância, sem a citação, inexistente o processo (art. 363, CPP). Para parcela da doutrina, ainda, compreende o vício como de natureza relativa, haja vista que o comparecimento da parte é capaz de supri-lo, ainda que o faça só para alegar o vício (art. 564, III, *e*, CPP).

De toda forma, o réu deverá necessariamente ser interrogado, em regra, ao final da instrução. Assim, caberá ao juiz oportunizar a concretização do interrogatório ao réu presente, sob pena de nulidade absoluta. Diversamente, Nucci (2012, p. 836-837) considera que “a falta de oportunidade para o interrogatório é causa de nulidade relativa (embora o CPP a insira como de nulidade absoluta)”. Todavia, não há que se falar em nulidade se a sentença final houver sido favorável ao réu.

Sob outra ótica, no que concerne à presença do Ministério Público, a tendência de considerar suficiente sua intimação, entendendo como de ordem relativa a sua ausência ao interrogatório do réu, é seguida pela jurisprudência do STF, veja-se:

HC 95142/RS. Ementa: AÇÃO PENAL. INTERROGATÓRIO. NÃO COMPARECIMENTO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. NULIDADE SÓ ARGÜIDA EM REVISÃO CRIMINAL. PRECLUSÃO CONSUMADA. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL NÃO RECONHECIDA. PRECEDENTE. **Arguida apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, toda nulidade relativa é coberta pela preclusão.** (grifo nosso)

Insta ressaltar, ademais, que, via de regra, a não oportunização do interrogatório enseja nulidade absoluta, visto que, caso haja absolvição do acusado, a sua falta já não mais terá a mesma relevância, caracterizando, portanto, vício superável.

No entanto, caso o acusado seja regularmente intimado da realização do júri, e, ainda assim, não compareça, não há óbice à realização válida do julgamento (art. 564, III, g, CPP). Na esfera do Tribunal do Júri, diversas são as formas estabelecidas para garantir a lisura do procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida.

Em alguns julgados, constata-se a exigência da comprovação do prejuízo, e, frente à sua não configuração, a Suprema Corte entendeu pelo não cabimento do reconhecimento da nulidade absoluta. É o que se observa nos julgados abaixo transcritos, nos quais foi alegada a inobservância do procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida. Entretanto, em razão da não demonstração do prejuízo arcado pelas partes, os Ministros, analogicamente, utilizaram o brocardo *pas de nullité sans grief*, deixando de pronunciá-la.

HC 76567/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 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 vítima" (C, art. 65, III, c), de tal forma que esta - a atenuante - pode ocorrer sem que se caracterize a causa especial de diminuição da 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. (grifo nosso)

Nessa mesma perspectiva, o Pretório Excelso também exarou o seguinte posicionamento:

HC 89200/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).

Ainda na órbita do STF, mais uma vez prezando pela manutenção do feito, decidiu-se:

HC 92819/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 efetividade e distantes da realidade subjacente, o que é revelado pelo recente movimento de reforma do Código de Processo Penal com a edição das Leis n.ºs. 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 *pas de nullité sans grief*. A impetrante não indica, concretamente, qual teria sido o prejuízo sofrido pelo paciente.** [...] 9. *Habeas corpus* denegado. (grifo nosso)

Outro ponto relevante é o que toca à concessão de prazos para a prática dos atos processuais. Em consonância com o art. 564, III, *e, parte final*, CPP, os vícios que recaem sobre as formalidades estabelecidas no momento da concessão de prazos processuais, bem como a sua não oportunização, tanto à acusação quanto à defesa, são defeitos que podem resultar em nulidade.

Nesta hipótese, o Código de Processo Penal, através do art. 572, dispõe que tal desconformidade ao modelo legal enseja nulidade relativa, que, contudo, restará sanada: se não

arguida em tempo oportuno; se praticado de outra forma, tiver atingido seu fim (princípio da instrumentalidade das formas); se a parte, ainda que tacitamente, aceitar seus efeitos.

Porém, é necessária uma distinção. Caso o ato processual seja essencial à manifestação do direito de defesa, a ausência da concessão do prazo implica em nulidade absoluta. Por exemplo, quando, no procedimento comum ordinário, não for viabilizado o prazo para a resposta à acusação (art. 396, CPP), ou quando, no rito especial estabelecido na Lei de Tóxicos, não for oferecido o prazo de dez dias para a apresentação de defesa prévia (art. 55, *caput*, Lei 11.346/06).

Analogamente, o Excelso Pretório já proferiu o seguinte entendimento:

HC 94168/PB. Ementa: *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ADVOGADO CONSTITUÍDO: FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS DEFENSIVAS. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO DO PACIENTE, EM SEDE DE APELAÇÃO. PREJUÍZO. NULIDADE DO PROCESSO-CRIME A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS.

1. As alegações finais defensivas constituem peça essencial do processo-crime. A falta de nomeação de Defensor Dativo para a respectiva apresentação acarretou evidente prejuízo ao acusado, ainda que absolvido em Primeiro Grau. Prejuízo que se constata, de plano, dado que o réu acabou condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão, ante o provimento da apelação ministerial pública perante o Tribunal de Justiça da Paraíba. 2. **A simples apresentação de contra-razões ao recurso de apelação acusatório não tem a força de substituir, à altura, a relevante fase procedimental das alegações finais defensivas.** Precedente específico: HC 73.227, da relatoria do ministro Maurício Corrêa. 3. Habeas corpus concedido, com a expedição de alvará de soltura do paciente, se por outro motivo não tiver que permanecer preso. (grifo nosso)

Da mesma maneira, o STF, considerando a imprescindibilidade da concessão de prazo para manifestação da parte, decidiu:

HC 73227/RS. Ementa: *HABEAS-CORPUS*. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA, PORQUE O ADVOGADO CONSTITUÍDO NÃO APRESENTOU ALEGAÇÕES FINAIS, APESAR DE INTIMADO, NEM O ACUSADO FORA NOTIFICADO DA OMISSÃO E NÃO FORA NOMEADO DEFENSOR DATIVO. NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS. ORDEM DEFERIDA.

1. **As alegações finais do réu são peça essencial do processo-crime, e o Juiz não deve sentenciar antes de suprir a omissão do defensor.** 2. A omissão de apresentação das alegações finais, ainda que intimado o defensor constituído, configura ofensa ao direito de ampla defesa e ao princípio do contraditório, evidenciando-se prejuízo para o réu. Habeas-corpus deferido. (grifo nosso)

Além disso, em outra oportunidade, posicionou-se o Supremo:

HC 71234/RS. Ementa: *HABEAS-CORPUS*. PENAL MILITAR. DEFENSOR DATIVO: NÃO OFERECIMENTO DAS RAZOES DA APELAÇÃO NEM DAS CONTRA-RAZÕES A APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELO DA ACUSAÇÃO PROVIDO PELO TRIBUNAL A *QUO*. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. LIVRAMENTO CONDICIONAL.

Advogado dativo que declara que ira apresentar oralmente as razões da apelação e as contra-razões a apelação do Ministério Público, mas não comparece a sessão de julgamento. **Viola os princípios do contraditório e da ampla defesa a não apresentação de contra-razões ao apelo da acusação pelo advogado dativo, porque há risco de ser agravada a situação do réu.** O mesmo não ocorre quando o advogado dativo ou constituído não arrazoa a apelação nem quando o advogado constituído não apresenta contra-razões a apelação. Art. 5º, LV, da Constituição. Não cabe pedido de livramento condicional em *habeas-corporis*. *Habeas-corporis* conhecido e provido, em parte, para anular o acórdão condenatório, com determinação de reabertura de prazo para a complementação dos atos recursais e de expedição de alvará de soltura, por ter o paciente direito de apelar em liberdade. (grifo nosso)

Nessa esteira, o Superior Tribunal, por sua vez, decidiu:

EDcl no REsp 1025564/SP. Ementa: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INÉRCIA DO DEFENSOR DATIVO. NULIDADE ABSOLUTA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. **Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a falta de apresentação de contra-razões ao recurso ministerial por inércia do defensor dativo enseja nulidade absoluta, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.** 2. Embargos acolhidos para anular a decisão embargada e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja nomeado defensor público ao réu, para a apresentação de contrarrazões ao recurso especial. (grifo nosso)

Nesse passo, importa destacar que, na esfera do STF, existe jurisprudência sumulada no tratamento da temática, que preceitua que “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo” (Súmula 708).

A despeito disso, no próprio STF, há jurisprudência tendente a relativizar algumas das nulidades acima tratadas, segundo a qual é formada a seguinte posição:

RHC 91070/SE. Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE ACÓRDÃO NULO. FALTA DE OFERECIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS. JULGAMENTO DETALHADO E COMPLETO DA APELAÇÃO. IMPROVIMENTO.

1. O recurso ordinário sustenta a nulidade do julgamento do recurso de apelação, pelo Tribunal de Justiça, devido à circunstância da defesa técnica não haver apresentado as razões de apelação, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal. 2. **Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para qualquer uma das partes (CPP, art. 563), conforme o brocardo *pas de nullité sans grief*.** 3. Os aspectos a seguir indicados apontam para a ausência de prejuízo do paciente: a) o paciente tinha seus interesses representados por defensor constituído; b) houve regular intimação da defesa técnica para oferecimento das razões de apelação, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal; c) o tribunal de justiça apreciou todas as hipóteses de cabimento de apelação contra sentença proferida com base no julgamento do tribunal do júri. 4. Levando em conta que a falta da apresentação das razões recursais não impediu que o Tribunal de Justiça apreciasse de forma detalhada e completa a irresignação do paciente contra a sentença condenatória. 5. Recurso ordinário improvido. (grifo nosso)

Nesse trilho, o Pretório Excelso já chegou ao extremo de considerar que a realização do interrogatório do réu na mesma data de efetivação da citação não gera prejuízo algum ao contraditório e à ampla defesa do réu, não constituindo causa de nulidade, tampouco de óbice à persecução criminal, leia-se o excerto abaixo transcrito:

HC 100319/RS. Ementa: PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO MESMO DIA DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. DENEGACÃO DA ORDEM.

1. A utilização do habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, configura banalização da garantia constitucional, motivo pelo qual deve ser combatida. 2. **A lei processual não prevê qualquer exigência de interregno entre a citação do réu e a realização do interrogatório.** Precedente: HC 69350/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26/3/1993. 3. *In casu*, o paciente estava preso em razão de outro processo e a citação ocorreu no mesmo dia em que o interrogatório foi realizado. Ao ser citado, teve acesso ao inteiro teor da denúncia, aceitando a contrafé e firmando sua assinatura. 4. **A alegada nulidade sequer foi arguida no curso do processo, não havendo como reconhecê-la, em sede de habeas corpus, se não demonstrado o prejuízo para defesa.** 5. Parecer pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada. (grifo nosso)

Nessa ordem, o entendimento acima proferido foi, novamente, acolhido pelo STJ, que decidiu:

HC 144067/RJ. Ementa: *HABEAS CORPUS*. ROUBO AGRAVADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DO FATO DE TER SIDO O AGENTE CITADO E INTERROGADO NO MESMO DIA; E VALORAÇÃO ERRÔNEA DA PROVA. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação de valoração errônea da prova não pode ser analisada, porquanto ultrapassa os estreitos limites da presente ação. 2. **Não está caracterizada a nulidade consistente na citação e realização do interrogatório no mesmo dia, pois não existe previsão legal de prazo entre os dois atos judiciais. Além disso, não há prova de prejuízo efetivo para a defesa.** 3. Cumpre anotar, ainda, que foi realizado novo interrogatório, no qual o paciente, pelo que consta da inicial, fora assistido pelo defensor constituído. E em ambas as oportunidades, ofereceram ele a mesma versão dos fatos. 4. Impetração conhecida em parte e, nesta extensão, denegada a ordem.

Em razão disso, parcela da doutrina insurge contra tal relativização empreendida pelos tribunais, adotando a linha teórica segundo a qual as formalidades relativas à concessão de prazos estabelecidos com vistas a garantir a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa são indispensáveis, e, sendo assim, sua ausência resulta em nulidade absoluta insanável.

Não é outra a compreensão de Fernandes, Gomes Filho e Grinover (2007, p. 238-239), que, fazendo menção à posição adotada pelo STF, concluem:

A apresentação do recurso, pela defesa, é ato essencial, que não pode ser dispensado, sob pena de infringência à plenitude da defesa. E mesmo sua inépcia há de ser reconduzida à figura do réu indefeso. [...] A apresentação de razões fora do prazo e a inversão da ordem para arrazoar têm sido entendidas como mera irregularidade, não conduzindo à nulidade.

Pode-se questionar a posição da jurisprudência quanto a este último aspecto, pois a inversão poderá causar prejuízo ao contraditório. [...] Também aqui, a falta de vista e de intimação para contra-razões acarreta nulidade. É também imprescindível que o defensor ofereça contra-razões ao recurso do MP, sem o que ocorre falta de defesa, levando à nulidade do processo a partir da ausência de tal ato. [...] Sobre a necessidade de oferecimento de contra-razões pela defesa, o STF só se refere ao defensor dativo, considerando dispensáveis quando se trate de advogado constituído: RTJ65/338 e 57/168. Como já afirmado, não parece esta a distinção a ser corretamente estabelecida: o que vale aferir é se houve, ou não, prejuízo para a defesa.

Não menos importante, ao mitigar expressamente o princípio da especificidade das nulidades processuais, o art. 564, IV, CPP, por sua vez, contempla a previsão de que haverá nulidade do ato processual quando houver “omissão de formalidade que constitua elemento essencial ao ato”, deixando límpida sua natureza exemplificativa.

Visto isoladamente, o aludido dispositivo trata como absoluta a nulidade daí advinda. Contudo, a redação do art. 572, CPP, torna clara a relativização empreendida pelo legislador processual.

Nessa órbita, mais uma vez seguido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal tem se firmado o seguinte entendimento:

HC 102142/SP. Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. APELAÇÃO. DEFESA. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Não há falar em nulidade do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público se a defesa, regularmente intimada para a apresentação de contrarrazões, queda-se inerte. Precedentes. II - Ordem denegada.

HC 108.679/SP. Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, II, V, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRA-RAZÕES DA DEFESA AO RECURSO MINISTERIAL. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO POR DUAS VEZES PELA IMPRENSA OFICIAL. NULIDADE INEXISTENTE.

**Não há nulidade a ser sanada quando o defensor constituído pelo réu, regularmente intimado para apresentação de contra-razões à apelação interposta pelo Ministério Público, por duas vezes, não o faz no prazo legal** (Precedentes). Ordem denegada. (grifo nosso)

Neste aspecto, embora seja o caso de formalidade essencial, a teor do art. 572, CPP, e das noções de prejuízo e de interesse na alegação (ALENCAR; TÁVORA; 2012), optou-se por tratar o vício como se de nulidade relativa fosse.

Por tudo quanto exposto, vislumbra-se que a preocupação maior dos tribunais brasileiros, sobretudo os superiores, recai não sobre a efetividade dos direitos fundamentais das partes, mas sim na economia proporcionada através da manutenção de atos processuais efetuados em

desconformidade com os moldes legalmente estabelecidos, tudo em nome da rápida prestação jurisdicional ao caso concreto.

Nesse palco, onde o direito humano fundamental ao devido processo legal resvala subjugado, confirma-se a tendência atual de se procurar evitar, a todo custo, a decretação de nulidade processual, com base no argumento de que a nulificação não é condizente com os objetivos de celeridade e de cautela contra dilações processuais impróprias.

Entretanto, segundo Lopes (2010, p. 434), não se pode olvidar que:

[...] a epistemologia da incerteza e o risco inerente ao processo fazem com que a única “segurança” possível seja aquela que brota do estrito respeito às regras do jogo, [...] ou seja, a luta é pela eficácia do sistema de garantias da Constituição e pela observância das formas processuais que o assegura. Dessa premissa devemos pensar o sistema de invalidades processuais.

De fato, a jurisprudência brasileira é magnânima em pecar pela minimização da complexidade da situação jurídica que lhe é posta, promovendo, no mais das vezes, a formação isolada do juízo de valor acerca dos atos processuais atípicos, desconsiderando o liame formado por todos ao final, assim como a relação de prejudicialidade resultante da contaminação dos atos que dele decorrentes, inclusive a sentença.

Nesse panorama, enxerga-se a importância conferida ao magistrado, que, uma vez compreendendo o arcabouço circunstancial que envolve o desatendimento das formalidades processuais, reconhecerá ou não a existência do vício. Todavia, na hipótese de vício ensejador de nulidade absoluta, a nulidade, que deveria recair indene de quaisquer questionamentos, tem-se por relativizada. Neste particular, são, mais uma vez, oportunas as ponderações de Alencar e Távora (2012, p. 1160):

A busca pela celeridade processual não deve implicar subjetividade/discricionariedade exacerbada do juiz, com o esquecimento de formalidades que foram instituídas para evitar arbitrariedades. A crítica se dirige contra a tendência jurisprudencial de relativização das nulidades no processo penal.

Em divergência à aludida conclusão, o Superior Tribunal de Justiça, levando em consideração a possibilidade de violação ao princípio do devido processo legal, entendeu da seguinte maneira:

REsp 859320/MG. Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. MENOR DE 21 ANOS. CURADOR. AUSÊNCIA. NULIDADE. ATOS INSTRUTÓRIOS. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PREJUÍZO. VERIFICAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A anterior redação do art. 194 do CPP, revogado pela Lei 10.792/03, estabelecia a presença de um curador ao réu maior de 18 e menor de 21 anos. 2. "Declarado nulo o interrogatório judicial, não há que se falar em nulidade de toda a ação penal, uma vez que a mesma só se verifica quando, em sendo declarada a nulidade de uma parte, esta vier a macular o todo, não sendo possível a substituição da que for defeituosa, ou, então, quando dela depender diretamente (Arts. 196 e 573, § 1º do CPP)" (RHC 10.199/SP). 3. **O devido processo legal não comporta atalhos por implicar, em regra, ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, não é crível aplicar-se o direito posto sem a devida análise do caso concreto.** 4. **Em consagração ao direito fundamental da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, à instrumentalidade do processo, positivado no art. 563 do CPP, e à efetividade da tutela jurisdicional, é imprescindível que o magistrado competente proceda à análise daqueles atos que de fato resultaram prejudiciais à defesa do recorrido, mantendo-se os demais.** 5. Recurso provido para declarar válidos os atos instrutórios que não causaram prejuízo à defesa do recorrido. (grifo nosso)

Por sua vez, Nucci (2010, p. 64-65) observa que:

[...] alguns princípios constitucionais, embora relevantes, podem servir de empecilhos ao devido processo legal, em sua forma de desenvolvimento, tal como se dá com o princípio da economia processual. A celeridade na busca pela aplicação do direito ao caso concreto não pode atropelar garantias essenciais. [...]

[Todavia], o processo penal é, sem dúvida, formal. [...], suas formalidades constituem garantias para o equilíbrio das partes e para a correta instrução, não se podendo considerá-las fins em si mesmas. Por isso, atualmente, a visão que se tem das nulidades é utilitarista e não meramente formalista. A consequência demanda a decretação da nulidade no processo, apenas e tão somente quando houver demonstração de prejuízo para a parte que a invoca. Em ritmo de exceção, há falhas processuais geradoras de nulidades absolutas, independentes da prova do prejuízo. O devido processo legal, buscando amparar tanto a razoável duração do processo quanto as garantias de manifestação das partes, precisa encontrar a mais adequada saída na avaliação das nulidades, evitando-se o refazimento inútil dos atos processuais já consumados.

Por si só, o processo, em acepção genérica, já demanda a atenção às formalidades estatuídas nas normas jurídicas, que dirá o processo penal, cuja matéria versa entre os extremos da privação de liberdade do indivíduo, naturalmente acompanhada por inerentes consequências à reprovabilidade social frente ao indivíduo delincente.

Sendo assim, o processo penal deve estar pautado e ter como norte principal a Constituição Federal, apresentando-se, enquanto tal, como sinônimo de garantia, e, atento ao devido processo legal, nunca deve perder de vista a necessidade de efetividade na tutela jurisdicional. Dessa maneira, a busca pela celeridade/economia processual deve trazer consigo a qualidade na prestação jurisdicional, indispensável à justa resolução dos conflitos, afastando-se dos moldes de eficiência intersubjetiva e antigarantista.

## 5. CONCLUSÃO

O trabalho científico em apreço propôs-se a analisar a atuação do magistrado quando do reconhecimento e aplicação da sanção-nulidade, assim como os efeitos legais decorrentes, tendo como norte o estudo da lesão ao direito humano fundamental ao devido processo legal diante do fenômeno da relativização das nulidades no processo penal brasileiro e sua conformidade com os pilares da Constituição Federal de 1988. Nesse diapasão, estudou-se o contexto processual onde, com vistas a proporcionar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, confere-se, colateralmente, temerário excesso de discricionariedade ao julgador.

Para se chegar a essa análise, o trabalho abordou, no primeiro capítulo, a evolução histórico-jurídica dos direitos humanos, com foco nos planos nacional e internacional, e, sobretudo, sua contribuição à ordem jurídica atual. Igualmente, foi traçada a linha da abrangência do direito humano fundamental ao devido processo legal nas esferas constitucional e processual penal. Além disso, esquematizou-se um paralelo entre os sistemas/arquétipos de processo penal e o *due process of law*.

Neste capítulo, confirmou-se que os direitos humanos exerceram distinta importância para a construção dos pilares da ordem jurídica brasileira, de forma que, ao passo em que a humanidade progride, a concretização dos direitos humanos nos diplomas normativos dos Estados torna-se fator indispensável à sua concretização. Ao mesmo tempo, percebeu-se a viabilidade da implementação de uma jurisdição internacional mais ampla e efetiva na salvaguarda dos direitos humanitários, especialmente no que toca à dignidade humana.

Do mesmo modo, uma vez compreendidos os aspectos históricos e abrangência do *due process of law*, tornou-se viável compreender que o aludido direito humano fundamental, assume importância transcendental, constituindo verdadeira forma de controle das decisões judiciais, de maneira que seus reflexos tornam-se indispensáveis à aplicação do *jus puniendi*, assim como na construção de um processo penal acusatório justo.

Ao fim deste capítulo, após traçado um paralelo entre as modalidades de processo penal e princípio do devido processo legal, e, analisadas as características dos sistemas inquisitivo e acusatório, constatou-se que a Constituição Federal de 1988 optou por adotar o primeiro, de forma mitigada, conferindo especial relevo ao julgador na persecução processual. Nesse âmbito, verificou-se que, com vistas a garantir a regularidade do desenvolvimento dos atos processuais, o impulso oficial não deve ser sobrelevado a tal maneira, de forma a impossibilitar a condução do processo em perfeita adequação às garantias fundamentais das partes.

Já no segundo capítulo, foi empreendido um estudo nas ordens legal, doutrinária e jurisprudencial sobre os aspectos e particularidades da sistemática de nulidades traçada pelo Código de Processo Penal, tanto no que concerne à sua classificação, quando no que toca ao procedimento estabelecido desde o reconhecimento ao saneamento dos vícios que maculam de atipicidade o ato processual.

Neste momento, vislumbrou-se a existência de uma forte divergência doutrinária no que tange à classificação das nulidades, e, além disso, confirmou-se que os Tribunais, após diversos julgados, sedimentaram posição segundo a qual, inclusive no âmbito das nulidades de ordem absoluta, exige-se a demonstração oportuna do prejuízo sofrido. Como se viu, este cenário, no qual se destaca a atividade interpretativa do julgador, implica na mitigação das garantias fundamentais das partes.

Ainda neste capítulo, estudou-se o alcance dos princípios de ordem processual penal elencados pela doutrina e jurisprudência no tratamento das nulidades. Novamente, verificou-se que os Tribunais, permeados pelos ideais de celeridade e economia processual, utilizam-nos como fundamento para a manutenção de atos processuais defeituosos. Nessa conjuntura, confirmou-se que a interpretação da doutrina e dos Tribunais, no que se refere à esfera das nulidades no processo penal, resvala na contraposição entre o garantismo e o binômio economia/eficiência, e, conseqüentemente, valora-se a maior o princípio *pas de nullité sans grief* frente ao direito humano fundamental ao devido processo legal.

Adiante, o terceiro e último capítulo dedicou-se, em princípio, a analisar a atuação do julgador frente à mácula de atipicidade do ato processual. Nesta oportunidade, após empreendida uma pesquisa conjunta entre legislação, doutrina e jurisprudência, atestou-se que, nesse prisma, atribui-se excessiva discricionariedade ao magistrado, fator que acaba por indeterminar o alcance do princípio do prejuízo, e, ao torná-lo problemático e ambíguo, gera extenso âmbito de manipulação, marginalizando a presunção de dano inerente às nulidade absolutas.

Por último, ainda neste capítulo, após a detida análise do desordenado tratamento das nulidades no processo penal, visualizou-se que a polissemia conceitual dificulta, de sobremaneira, a formação de um eixo teórico-lógico isonômico que atenda a tal complexidade.

Nessa linha, apresentou-se, com enfoque marcadamente jurisprudencial, o panorama do fenômeno da relativização das nulidades no ordenamento jurídico brasileiro, e, assim, constatou-se que, com embasamento em boa parcela da doutrina, os Tribunais brasileiros, especialmente os superiores, solidificaram jurisprudência segundo a qual o prejuízo arcado em razão da prática de atos processuais atípicos deve, também, apesar de deixar de lado os princípios constitucionais

tutelados com o fim de assegurar às partes um processo penal acusatório justo, ser oportunamente demonstrado em diversas hipóteses consideradas como ensejadoras de nulidade absoluta.

Como foi evidenciado, doutrina e jurisprudência majoritárias inclinam-se no sentido de considerar que a aplicação do princípio tem aplicação inclusive nas nulidades absolutas, remanescendo a presunção legal do prejuízo a um segundo plano.

Assim, a despeito dos preceitos constitucionais estarem inquinados junto ao rol de nulidades traçado pelo legislador processual, confirmou-se que a tendência de relativização das nulidades constitui realidade fortemente disseminada no meio jurídico, e, dessa maneira, há subjacência das formalidades legais em favor da celeridade e economia na apreciação dos processos criminais pelo Judiciário nacional.

Dessa forma, todos os objetivos aos quais se destinou o trabalho em apreço foram alcançados, uma vez que se demonstrou, brevemente, a relevância que os direitos humanos detêm na ordem jurídico-normativa moderna, com especial enfoque no fundamento do devido processo legal; examinou-se, sob uma perspectiva constitucional, a eficiência/eficácia das normas processuais penais que orientam a atuação do magistrado no tocante à aplicabilidade da sanção-nulidade, tanto em relação ao reconhecimento, quanto à aplicação e delimitação dos efeitos então decorrentes; verificou-se que a mitigação da sistemática de nulidades traçada pelo sistema processual penal brasileiro implica em prejuízo às garantias constitucionais das partes, oportunidade na qual também se identificou as situações nas quais o fenômeno ocorre, além, é claro, dos reflexos daí advindos; avaliou-se, por amostragem, a atuação do magistrado brasileiro quanto à observância dos preceitos mandamentais, nas esferas legal e constitucional, no que tange à formação de um processo penal acusatório justo.

Logo, conclui-se que, para que seja empreendida uma adequada análise das nulidades no processo penal brasileiro, e, conseqüentemente, com o escopo de propor uma mudança sistêmica, deve ser efetuada, primeiramente, uma análise a respeito do intuito das formas no processo. Nessa visão, com o fim de evitar falsos formalismos, antieconômicos, ilusórios e ineficientes, que nenhuma função cumprem, resultando, apenas, na odiosa burocratização do Judiciário, que naturalmente já trabalha acima de suas capacidades, deve-se promover a reorientação funcional e axiológica do plano legislativo.

Sem olvidar isso, o formalismo deve ser apregoado sob um viés de proteção aos direitos e garantias processuais dos indivíduos, de modo a posicioná-las num cenário de organização procedimental com ampla compreensão e atividade das partes.

No quadro de desenvolvimento do processo, posicionadas as formalidades-valorativas, processualizadas e funcionalmente estampadas, deve ser estruturado um procedimento apto a

proporcionar a organização democrática do conflito, com arranjos refletidos sobre todos os sujeitos envolvidos.

Nessa esteira, a tendência jurisprudencial e doutrinária que põe, no caso concreto, a elevação dos poderes do julgador, não deve ser compreendida como inaplicável por demonstrar-se autoritária, mas somente se justifica viável no atual cenário processual brasileiro se trazer consigo a efetiva participação das partes, em toda a sua conjuntura. Apresenta-se, dessa maneira, como um contrapeso ao alcance da discricionariedade do magistrado, o robustecimento das prerrogativas das partes, de modo a possibilitar o controle permanente e efetivo das opções do juiz, pelos demais sujeitos do processo.

Assim, deve-se buscar uma justa medida entre as garantias processuais do réu e a efetividade do processo criminal, sempre com fundamento na ampla atuação dos sujeitos processuais, de forma a balancear o interesse público no esclarecimento da verdade, possibilitando a justa imposição da sanção penal. Isto é, a instrumentalidade deve ser manejada com medidas, preservando as formalidades, mas evitando as anulações despropositadas, protetoras de formalismos ultrapassados e sem finalidades.

Nesse particular, atento ao devido processo legal, e associando o respeito às garantias fundamentais das partes à razoável duração do processo, os deveres processuais devem ser legitimamente exercidos pelo julgador, que deve conduzir a marcha do feito em padrões normativos atentos à eficácia da Constituição Federal, de modo a evitar decisões judiciais autoritárias, anti garantistas. Somente assim, atingir-se-á um processo penal acusatório justo, em todos os seus termos.

## REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. **Garantias do Processo Penal Acusatório. O novo papel do Ministério Público no Processo Penal de Partes.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ALENCAR; Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Jus Podivm, 2012.
- ALMEIDA, Guilherme Assis. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Atlas, 2002.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Curitiba: Juruá, 2008.
- ANTEPROJETO. **Proposta de Emenda Constitucional 37/2011.** Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965), Acesso em 13 jan 2013.
- ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquematizado.** São Paulo: Método, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal: Tomo I.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal, Tomo II.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 2013.
- BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal Brasileiro.** Decreto-Lei nº 3.689/41, Brasília, DF, Senado, 2013.
- BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.** Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678, de 06 nov 1992, publicada no DOU em 09 nov 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1025564/SP**, 5ª Turma, Brasília, DF, DJ 30 ar 2009. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3984796/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1025564-sp-2008-0018201-4-stj>, Acesso em; 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 12815/SP**, 5ª Turma, Brasília, DF, DJ 19 de novembro de 2001, p. 293.

Disponível em

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2001-10-02;12815-410990>, Acesso em: 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 131700/PE**, 6ª Turma, Brasília, DF, DJ 19 nov 2009. Disponível em:

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;hc:2009-11-19;131700-983739>, Acesso em 18 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 132268/SP**, 6ª Turma, Brasília DF, DJ 29 set 2009. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5936838/habeas-corpus-hc-132268-sp-2009-0055833-7-stj/inteiro-teor>, Acesso em 14 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 144067/RJ**, 6ª Turma, Brasília, DF, DJ 15 fev 2011. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18496090/habeas-corpus-hc-144067-rj-2009-0151902-7-stj/inteiro-teor>, Acesso em: 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 148723/SC**, 6ª Turma, Brasília, DF, DJ 7 dez 2010. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995079/habeas-corpus-hc-148723-sc-2009-0187970-2-stj>, Acesso em: 18 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 169838/SP**, 5ª Turma, Brasília, DF, DJ 15 mai 2010. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9273619/habeas-corpus-hc-169838-stj>, Acesso em: 12 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 57425/RJ**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 20 nov 2006. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9018930/habeas-corpus-hc-57425-rj-2006-0077814-3-stj/inteiro-teor>, Acesso em: 12 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 66559/SP**, 5ª Turma, Brasília, DF, DJ 03 abr 2007. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19238953/habeas-corpus-hc-66559-sp-2006-0203510-9-stj/inteiro-teor>. Acesso em: 12 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 94570/SP**, 5ª Turma, Brasília, DF, DJ 23 mar 2010. Disponível em

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2010-02-23;94570-999101>, Acesso em 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **REsp 85920/MG**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 15 abr 1996. Disponível em:

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;resp:1996-04-15;85920-117894>, Acesso em: 9jan 2013.

\_\_\_\_\_. **REsp 859320/MG**, 5ª Turma, Brasília, DF, DJ 04 dez 2009. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8609006/recurso-especial-resp-859320-mg-2006-0124599-7-stj>, Acesso em 18 fev 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 1063 MC/DF**, Plenário, Brasília, DF, DJ 18 mai 1994. Disponível em:

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:1994-05-18;1063-3723596>, Acesso em 9jan 2013.

\_\_\_\_\_. **AgRg no AI 559632/MG**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 05 dez 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762234/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-559632-mg-stf>, Acesso em: 22 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 100319/RS**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 24 mai 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+100319%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d5vk4yh>, Acesso em: 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 102142/SP**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 03 ago 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923104/habeas-corpus-hc-102142-sp-stf>, Acesso em: 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 71234/RS**. 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 20 jun1994. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747876/habeas-corpus-hc-71234-rs-stf>, Acesso em: 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 73227/RS**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 29 abr 1996. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744141/habeas-corpus-hc-73227-rs-stf>, Acesso em: 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 73271/SP**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 18 mar 1996. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744396/habeas-corpus-hc-73271-sp-stf>, Acesso em: 15 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 74515/PR**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 18 out 1996. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743259/habeas-corpus-hc-74515-pr-stf>, Acesso em: 14 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 76567/RJ**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 13 abr 1998. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741057/habeas-corpus-hc-76567-rj-stf>, Acesso em: 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 85019/MG**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 15 fev 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739613/habeas-corpus-hc-85019-mg-stf>, Acesso em: 11 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 85350/MG**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 17 jun 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/764027/habeas-corpus-hc-85350-mg-stf>, Acesso em: 11 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 86166-1/CE**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 16 nov 2005. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762551/habeas-corpus-hc-86166-ce-stf>, Acesso em: 18 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 88193/SP**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 25 abr 2006. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc:2006-04-25;88193-2366455>, Acesso em: 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 89200/RJ**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 15 set 2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759786/habeas-corpus-hc-89200-rj-stf>, Acesso em: 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 92568-5/SP**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 18 nov 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2910948/habeas-corpus-hc-92568-sp-stf>, Acesso em: 18 jan 2012.

\_\_\_\_\_. **HC 92819/RJ**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 24 jun 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719780/habeas-corpus-hc-92819-rj-stf>, Acesso em 23 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 93753/SP**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 05 mai 2008. Acesso em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917031/habeas-corpus-hc-93753-sp-stf>, Acesso em: 14 jan 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 94168/PB**, 1ª Turma, Brasília, DF, DJ 05 ago 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917010/habeas-corpus-hc-94168-pb-stf>, Acesso em: 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 94372/SP**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 09 dez 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716508/habeas-corpus-hc-94372-sp-stf>, Acesso em: 12 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **HC 95142/RS**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 05 dez 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2910957/habeas-corpus-hc-95142-rs-stf>, Acesso em 16 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **RHC 91070/SE**, 2ª Turma, Brasília, DF, DJ 09 set 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718558/recurso-em-habeas-corpus-rhc-91070-se-stf>, Acesso em 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **Súmula 707**. “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0707.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0707.htm), Acesso em 17 fev 2013.

\_\_\_\_\_. **Súmula nº 156**. “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”. Disponível em: [www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0156.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0156.htm), Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Súmula nº 160**. “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Disponível em:

[www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0160.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0160.htm). Acesso em: 14 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.aspx?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_501600](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.aspx?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501600). Acesso em: 19 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **ACr 311663/SC**, 1ª Câmara Criminal, Florianópolis, SC, DJ 12 mar 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16037600/apelacao-criminal-acr-311663-sc-2009031166-3-tjsc>, Acesso em 11 jan 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **HC 6225295/PR**, 2ª Câmara Criminal, Curitiba, PR, 25 mar 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19523186/habeas-corpus-crime-hc-6525295-pr-0652529-5-tjpr>, Acesso em 12 fev 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. Et al. **Garantismo Penal Integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Nulidades no processo penal entre garantismo, instrumentalidade e boa-fé: a validade prima facie dos atos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRIÓ, Genaro R. **Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A Teoria Geral do Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES; Geórgia Bajer; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. Juspositivismo crítico e democracia constitucional. **Revista Isonomia**, n. 16, 2002, p. 6-20. Disponível em: <[www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANÇA, Flávio Henrique Aguiar. **A banalização do Direito Penal, os impactos na sociedade e sua aplicação sobre a ótica da celeridade processual**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10619-A-banalizacao-do-direito-penal,-os-impactos-na-sociedade-e-sua-aplicacao-sobre-a-otica-da-celeridade-processual](http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10619-A-banalizacao-do-direito-penal,-os-impactos-na-sociedade-e-sua-aplicacao-sobre-a-otica-da-celeridade-processual). Acesso em 26 dez 2012.

GARCIA, Eusébio Fernández. *Dignidad Humana e Ciudadanía Cosmopolita. Instituto de Derechos Humanos. Cuadernos Bartolomé de las Casas 21. Universidad Carlos III de Madrid*. Madri: Dykinson, 2001.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Canoas: La Salle, 1953.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

LOUREIRO, Antônio Tovo. O descumprimento das formas processuais penais como maximização do direito de punir: por uma nova teoria das nulidades. **Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2006.

MAGALHÃES, José Luís Quadros de. **Direitos Humanos. Evolução histórica**. Disponível em: [www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br), Acesso em: 12 jan. 2008.

MCNAMARA. Henry Tyrwhitt Jones. *A Practical Treatise on Nullities and Irregularities in Law: Their Character, Distinctions, and Consequences*. Littleton: BiblioBazaar, 2010.

MELLO, Celso de. **Supremo Tribunal Federal**, Voto, ADI 1158-8/AM, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-set-04/conamp\\_contesta\\_sistema\\_controle\\_grampos\\_tj-rj?pagina=6](http://www.conjur.com.br/2008-set-04/conamp_contesta_sistema_controle_grampos_tj-rj?pagina=6), Acesso em 7 jan 2013

MENDES. Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Frabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Coleção de temas jurídicos.** São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional.** Niterói: Impetus, 2008.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal.** São Paulo: Manole, 2005.
- NEMETZ, Erian Karina. **A evolução histórica dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.revistas.unipar.br>, Acesso em: 12 jan. 2013.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições Brasileiras: 1824.** Coleção Constituições brasileiras. V. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos.** V. 1. Curitiba: Juruá, 1998.
- PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derechos Humanos. Una Introducción a su naturaliza y a su historia.* Buenos Aires: Quorum, 2007.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1980.
- RECH, Daniel. **Direitos Humanos no Brasil. Diagnóstico e perspectivas.** Rio de Janeiro: Ceris/Mauad, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. MACHADO, Loudes Santos. *In. Col. Os Pensadores.* V. 24. São Paulo: Abril, 1973.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição.** São Paulo: Método, 2008.

SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht: Eine Einführung auf der Grundlagedes Strafprozessrechtes des Kantos Zürich und des Bundes*. Zúriq: Schultess, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, José Carlos. **Democracia e Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Loyola, 2005.