

Gabriel Nosenzo Galhardo

**Evolução do Sistema de Nulidades no Processo
Penal Brasileiro**

São Paulo

2024

Gabriel Nosenzo Galhardo

**Evolução do Sistema de Nulidades no Processo
Penal Brasileiro**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Maria Eugênia Ferreira da Silva Rudge Leite.

São Paulo

2024

AUTOR: Gabriel Nosenzo Galhardo

TÍTULO DA MONOGRAFIA: Evolução do Sistema de Nulidades no Processo Penal Brasileiro

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professora Maria Eugênia Ferreira da Silva Rudge Leite.

BANCA EXAMINADORA:

1º Nome do Professor - Orientador

2º Nome do Segundo Professor

AVALIAÇÃO:

[illegible]**Data da apresentação:**

--

RESUMO

O tema das nulidades no processo penal é objeto de intensas discussões no cotidiano forense e no âmbito acadêmico. O objetivo do presente trabalho é estudar o assunto, partindo-se de uma análise da teoria geral das nulidades, por intermédio de lições doutrinárias, examinando a classificação mais tradicional dos vícios processuais, que os divide em inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa e irregularidade, bem como as principais características de cada um destes. Complementa o estudo com uma abordagem acerca dos princípios do prejuízo e da instrumentalidade das formas, os mais importantes em matéria de invalidades processuais, delineando as origens destes princípios e sua conexão com o processo civil e a teoria geral do processo. A partir daí, procede à análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a matéria, recorrendo sobre as transformações de entendimento ocorridas ao longo dos anos, principalmente quanto à aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça da teoria do prejuízo, assim como a respeito da adoção por estas Cortes da distinção tradicionalmente traçada pela doutrina e jurisprudência entre nulidades absolutas e relativas, em especial no que tange à convalidação destes vícios.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade. Prejuízo. Instrumentalidade das Formas. Decisãoismo. Sistema de Garantias.

SUMÁRIO

1	Introdução	7
2	Teoria Geral das Nulidades.....	8
2.1	Espécies de Vícios.....	8
2.1.1	Inexistência	8
2.1.2	Irregularidade	9
2.1.3	Nulidade Absoluta.....	10
2.1.4	Nulidade Relativa.....	12
2.2	Nulidades no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Os Problemas da Sistemática do Código de Processo Penal	16
3	Princípios das Nulidades	21
3.1	Princípio do Prejuízo	21
3.1.1	Origem da Expressão <i>pas de nullité sans grief</i>	25
3.1.2	Transmissão de Categorias do Processo Civil ao Processo Penal	27
3.2	Princípio da Instrumentalidade das Formas.....	30
4	Evolução da Jurisprudência sobre Nulidades.....	37
4.1	Demonstração do Prejuízo	37
4.1.1	Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	38
4.1.2	Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....	45
4.2	Momento de Arguir as Nulidades	52
4.2.1	Nulidade de Algibeira.....	56
4.3	Decisões Conflitantes nos Tribunais Superiores	59
5	Conclusão	63
	REFERÊNCIAS	67

1 Introdução

O sistema de nulidades no processo penal é assunto de extrema relevância e sempre dá ensejo a intensas discussões, principalmente no âmbito jurisprudencial. Vicente Greco Filho¹ afirma que o tema das nulidades no processo penal padece ainda de alguns males, “*entre os quais o do casuísmo, o da falta de sistematização e o da insistência em se tentar colocá-lo submetido aos mesmos princípios das nulidades dos atos jurídicos de direito material.*” (GRECO FILHO, 2015, p. 345).

Como trata-se de tema relacionado às formas dos atos processuais, previstas em dispositivos de lei, essa matéria é constantemente discutida no âmbito dos Tribunais Superiores, sendo objeto de grande parte dos *habeas corpus* e recursos criminais para lá endereçados.

O presente trabalho visa, portanto, examinar o sistema de invalidades processuais penais brasileiro. O que se pretende é, a partir de um estudo da teoria geral das nulidades no processo penal, sob uma perspectiva teórica e doutrinária, averiguar a aplicação de suas regras e princípios, em especial o do prejuízo, na jurisprudência pátria, com maior enfoque nos Tribunais Superiores.

A partir daí, desenvolver uma análise sobre a transposição de institutos do direito processual civil ao processo penal, e quais as consequências disso na proteção das garantias processuais constitucionais do acusado.

¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

2 Teoria Geral das Nulidades

O estudo da teoria geral das nulidades é essencial, ainda que muitas vezes superficialmente abordado nas grandes doutrinas de Processo Penal.

De início, cumpre destacar que as nulidades são espécies do gênero vícios processuais, do qual também fazem parte a inexistência e a irregularidade. Faz-se mister uma análise, com base na doutrina processual penal, de cada uma dessas espécies de vícios processuais.

2.1 *Espécies de Vícios*

2.1.1 Inexistência

Um ato inexistente é aquele praticado em tamanha desconformidade com o modelo legal, que afeta o plano de sua existência. É um não ato. Dessa forma, não produz efeitos no plano jurídico.

Ademais, em tese, o ato inexistente independeria de decisão judicial para cessar a produção dos seus efeitos, visto que, como o nome já sugere, o ato jamais existiu:

“Quanto aos atos inexistentes há exemplo bastante elucidativo: imagine-se que um particular, privado da sanidade psíquica, se apresente ao foro e assuma a direção de audiência, julgando vários processos. Os atos que praticou independem, obviamente, de declaração judicial de nulidade. Não existem. Nunca serão considerados por seus efeitos ...” (LEITE FERNANDES; BAJER FERNANDES, 2002, p. 35)²

Alguns exemplos de atos inexistentes apresentados pela doutrina são: uma denúncia sem assinatura; uma sentença assinada por quem não é juiz; uma sentença sem dispositivo.

² FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES; Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35.

Para Aury Lopes Jr.³, as situações que os manuais apresentam como exemplos de inexistência são pouco úteis do ponto de vista prático. Da mesma forma, entende utópica a posição que afirma desnecessária a prolação de decisão judicial para reconhecer a inexistência de um ato:

“Trata-se de situações que habitam apenas o ambiente manualístico, sem qualquer dado de realidade. Mas, se for esse o caso, estamos diante de um ato inexistente... E, mais, é óbvio que o ato inexistente somente será assim considerado quando houver uma manifestação judicial que o declare. Imagine alguém preso em decorrência de uma sentença juridicamente “inexistente”, mas com “existência” suficiente para levá-lo ao cárcere, que resolve, por si só, sair da cadeia; afinal, o ato é inexistente... Ou, então, teremos de ter carcereiros com poderes mediúnicos, para, sem qualquer decisão judicial sobre o tema, atingir essa consciência por meio de contato com a deusa Diké... Esse é o problema do autismo jurídico: desconectar-se do mundo, para mergulhar nas suas categorias mágicas.” (LOPES JR, 2024, p. 1120).

2.1.2 Irregularidade

Se em um extremo há o ato inexistente, no outro existe o irregular. Também chamado de meramente irregular, cuida-se daquele ato dotado de um vício de menor relevância, e que não gera qualquer resquício de prejuízo às partes ou à lisura do processo. É um defeito insignificante, que não macula a eficácia do ato. Predica Guilherme de Souza Nucci que *“Atos irregulares, por sua vez, são 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.”*⁴. Em síntese, o ato existe, é válido e eficaz.

Destarte, a lei processual penal não comina qualquer sanção ao ato irregular, ou seja, *“A mera irregularidade do ato processual significa a sua manutenção, com a*

³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1120. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 859. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

confirmação de sua validade mediante o não reconhecimento da nulidade, seja ela absoluta ou relativa.” (GLOECKNER, 2017, p. 161)⁵.

Alguns exemplos extraídos da doutrina são: denúncia oferecida fora do prazo legal, sem rol de testemunhas ou sem pedido de condenação; o descumprimento da determinação contida no art. 472, do Código de Processo Penal, que exige que os jurados em plenário do júri se levantem por ocasião do juramento solene; deixar de entregar cópia da pronúncia aos jurados, nos termos do art. 472, Parágrafo único, do CPP.

2.1.3 Nulidade Absoluta

A nulidade absoluta traduz vício de maior gravidade que afeta a higidez do ato processual. Constitui desvio da tipicidade dos atos processuais que extrapola o interesse das partes. Difere da inexistência, porquanto o ato existe, produz efeitos, dependendo de declaração judicial reconhecendo o vício processual. Conforme lecionam Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes⁶:

“O ato inexistente é um não-ato. Não se pode dizer que os efeitos de um (o ato inexistente) e outro (o ato nulo) sejam praticamente os mesmos. Entre a sentença de um juiz incompetente e outra proferida por juiz em disponibilidade há marcante distinção. À primeira só se pode resistir no próprio processo, pelas vias legais; à segunda pode-se opor obstáculos até mesmo através da violência, pois ela não produz efeito jurídico algum.” (LEITE FERNANDES; BAJER FERNANDES, 2002, p. 33)

Afirmam alguns autores que as nulidades absolutas são aquelas caracterizadas por ofenderem diretamente princípios constitucionais processuais⁷, em especial o devido processo legal (Art. 5º, LIV, CRFB/88), o direito ao contraditório e

⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 161. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

⁶ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33.

⁷ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 444. ISBN 9788553620821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>. Acesso em: 23 ago. 2024; BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 559 e 562. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

ampla defesa (Art. 5º, LV, CRFB/88), e o do juiz natural (Art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB/88).

O conceito de nulidade absoluta também é comumente associado à noção de interesse público⁸. Diz-se que o vício que macula o ato é de tamanha magnitude que se relaciona a matérias de ordem pública, que interessam aos jurisdicionados como um todo, já que dizem respeito à lisura do procedimento processual penal de uma forma geral. Conforme leciona Ricardo Gloeckner⁹, “*Aponta-se que o interesse protegido pela nulidade absoluta é de ordem pública. Corresponderia a princípios de cariz público que transcenderiam o mero interesse das partes autonomamente concebidas.*” (GLOECKNER, 2017, p. 156).

Entretanto, como tudo que envolve a matéria ora em análise, há muita confusão e debate na doutrina sobre a definição do conceito dessa espécie de vício. José Frederico Marques, por exemplo, afirma que nulidade absoluta ocorre apenas em atos processuais de conteúdo decisório ou praticados por juiz incompetente¹⁰.

É comum também definir¹¹ nulidades absolutas como aquelas insanáveis, insuscetíveis de qualquer modalidade de convalidação, podendo ser arguidas pelas partes a qualquer tempo e grau de jurisdição. A única exceção a essa regra é no caso de sentença absolutória transitada em julgado, pois não há revisão criminal *pro*

⁸ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 858. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 23 ago. 2024; BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 561-562. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 29 ago. 2024; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1259; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 348.

⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 156. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 496.

¹¹ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 614 e 625; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40-42; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 65; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134-135; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 30. ed. Barueri: Atlas, 2023. E-book. p. 770 e 778. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 25 set. 2024.

societate. Nesse caso, a coisa julgada representa o termo final do prazo em que a nulidade pode ser suscitada pela acusação.

A nulidade de natureza absoluta deve ser reconhecida inclusive de ofício pelo magistrado. Contudo, não se admite o reconhecimento de nulidade não arguida no recurso da acusação ou em recurso exclusivo da defesa, desde que, neste último caso, o reconhecimento da nulidade possa prejudicar direta ou indiretamente o réu. É o que prescreve o Enunciado da Súmula nº 160, do Supremo Tribunal Federal: *“É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”*. Esse entendimento decorre do princípio do *non reformatio in pejus*.

O entendimento majoritário da doutrina traça essas como as características peculiares às nulidades absolutas. É habitual também afirmar-se que a declaração de nulidade absoluta independe de qualquer indagação quanto à existência de prejuízo, tendo em vista que este seria presumido ou evidente, diante da grave violação às garantias processuais.

2.1.4 Nulidade Relativa

O ato relativamente nulo é aquele que contém vício de forma que diz respeito unicamente ao interesse da parte¹². No ensinamento de Ricardo Jacobsen Gloeckner:

“A nulidade relativa, como vício do ato processual, da mesma forma que sua congênere, a absoluta, atingiria a validade do ato ou do processo penal. Todavia, a diferença a respeito da nulidade absoluta se daria no plano do interesse protegido pela forma processual. Enquanto na nulidade absoluta se protegeriam interesses de “ordem pública”, a preservação da forma processual, na nulidade relativa, teria por pressuposto elementar a satisfação de interesse da própria parte.”

12 Nesse sentido: BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 559. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 29 ago. 2024; AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. p. 1035. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 29 ago. 2024; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1259; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 348.

(GLOECKNER, 2017, p. 149)¹³

Essa conceituação pautada nas noções de interesse público e privado ou da parte é criticada por Aury Lopes Jr. que sustenta que no processo penal, levando em consideração as suas especificidades e os direitos fundamentais que tutela, não há espaço normativo privado. Nas palavras do ilustre autor:

“Outro grave problema dessa classificação é a pouca clareza e até confusão de conceitos. Por exemplo: afirmar que no processo penal existem formas que tutelam um interesse “da parte”, “privado”, é o erro de não compreender que no processo penal – especialmente em relação ao réu – todos os atos são definidos a partir de interesses públicos, pois estamos diante de formas que tutelam direitos fundamentais assegurados na Constituição e nos Tratados firmados pelo País. Não há espaço para essa frágil dicotomização público/privado. Aqui se lida com direitos fundamentais.” (LOPES JR., 2024, p. 1129)¹⁴

Costuma-se afirmar que a nulidade relativa não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, dependendo sempre de arguição da parte a quem interessa a observância da forma violada. A essa corrente se filiam, dentre outros, Norberto Avena¹⁵ e Heráclito Mossin¹⁶. Contudo, há também os que sustentam que essa visão é incorreta, porquanto tem o magistrado o dever de garantir a lisura de todo o procedimento, conforme previsão do art. 251 do CPP, englobando nesse mister a decretação de nulidades, sejam elas absolutas ou relativas. Defendem essa corrente, a título de exemplo, Aury Lopes Jr.¹⁷, Tourinho Filho¹⁸, Vicente Greco Filho¹⁹ e Edilson Mougenot

¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 149. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1129. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁵ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. p. 1035. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 71.

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1129. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 182.

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 349.

Bonfim²⁰. Uma terceira posição, intermediária, reconhece não ser dever do juiz declarar de ofício nulidades relativas, tendo em vista que, em regra, tal manifestação judicial depende da vontade da parte interessada. Entretanto, sustenta que o magistrado detém a faculdade de, no caso concreto, decretar ou não nulidade relativa não levantada ou apontada pela parte. José Frederico Marques²¹, Renato Marcão²², Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes²³ e Julio Fabbrini Mirabete²⁴ são defensores dessa terceira corrente.

Dessa maneira, diferentemente da nulidade absoluta, a nulidade relativa deve ser arguida pela parte interessada, em regra, na primeira oportunidade de manifestação no processo, observados os prazos previstos na legislação processual penal, em especial de acordo com o art. 571, do Código de Processo Penal. O vício, nesse caso, é sanável. Caso não seja suscitado no momento apropriado, ocorre a preclusão da matéria (art. 572, I, CPP) e, conseqüentemente, a convalidação da nulidade.

Ademais, outra peculiaridade das nulidades relativas, em comparação com as absolutas, reside na necessidade de efetiva demonstração do prejuízo acarretado pelo ato defeituoso para a sua decretação. Em outros termos: *“O interesse, no entanto, é muito mais da parte do que de ordem pública, e, por isso, a invalidação do ato fica condicionada à demonstração do efetivo prejuízo e à arguição do vício no momento processual oportuno.”* (CAPEZ, 2024, p. 444)²⁵.

Além da classificação das nulidades em absolutas e relativas, parcela da doutrina categoriza os atos processuais e as formalidades (enquanto elementos do

²⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 562. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 523.

²² MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. p. 456. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>.

²³ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES; Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40 e 44.

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 624.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 444. ISBN 9788553620821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

ato) em essenciais e acidentais²⁶. Sucintamente, enquanto estas provocam a invalidação do ato apenas se demonstrado o prejuízo para a acusação ou para a defesa, a configuração daquelas nulificará o ato, independentemente de qualquer indagação.

A dicotomia nulidade absoluta e relativa é alvo de muitas críticas na doutrina processual penal. E uma das razões que as motivam é justamente a imprecisão e vagueza dos parâmetros utilizados para classificar determinado defeito como pertencente a um ou outro grupo. Nos dizeres de Alberto M. Binder²⁷: “*é preferível abandonar a dualidade de nulidades absolutas e relativas no processo, pois não traz muita clareza e estabelece um falso paralelismo com os conceitos de nulidades absolutas e relativas dos atos jurídicos.*” (BINDER, 2009, p. 100-101, tradução nossa).

A partir disso, o renomado jurista argentino faz defesa de uma teoria das nulidades afastada do binômio nulidade absoluta/relativa. Sustenta²⁸ que, uma vez constatada uma violação à forma, nasce um alerta de lesão a algum princípio de proteção judicial do imputado, que, uma vez atestada, deve gerar as seguintes consequências: o restabelecimento da eficácia dos princípios afetados, por meio do saneamento, ou a privação dos efeitos do ato defeituoso, com a decretação de nulidade.

Uma visão alternativa sobre essa questão, similar àquela perfilhada por Alberto Binder, é proposta por Aury Lopes Jr.²⁹, que constrói uma teoria das nulidades no processo penal, erigida sob prisma eminentemente constitucional, alicerçada nos conceitos de ato processual defeituoso sanável e insanável. Para o autor, a

²⁶ Nesse sentido: FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 501-502.

²⁷ BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. 1. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 100-101.

²⁸ BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. 1. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 104-105.

²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1130. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 25 set. 2024.

decretação de nulidade depende de dois requisitos³⁰: i) o defeito do ato processual deve impedir ou prejudicar a eficácia do princípio constitucional tutelado pela norma violada; ii) uma vez reconhecida a lesão ao sistema constitucional de garantias, indaga-se se o ato é sanável, de forma a restabelecer o princípio lesado, ou insanável. Na primeira hipótese, o ato é repetido (refeito sem defeito). E apenas na segunda situação, quando o refazimento do ato não for possível ou for incapaz de reparar a eficácia principiológica afetada, é que se decreta a nulidade do ato, privando os seus efeitos ou proibindo sua valoração probatória.

2.2 Nulidades no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Os Problemas da Sistemática do Código de Processo Penal

Uma das grandes discussões envolvendo nulidades é o seu regramento confuso e mal sistematizado no Código de Processo Penal. De início, importante registrar que a principal lei processual penal do país é de 1941. E desde então, o Título I “Das Nulidades”, do Capítulo III “Das Nulidades e dos Recursos em Geral”, onde se encontra a regência do tema, foi alterado apenas duas vezes: a primeira com o acréscimo do parágrafo único ao art. 564, pela Lei nº 263, de 1948; a segunda mais recente, com a inclusão do inciso V, também no art. 564, pela Lei nº 13.964, de 2019.

Dessa forma, a sistemática das nulidades no Código de Processo Penal é, em larga medida, a mesma há 80 anos, o que demonstra seu anacronismo. Além do que, o regramento da matéria não se readaptou de forma a se compatibilizar com a Constituição de 1988, que delineou, através dos princípios e regras nela contido, um modelo processual penal democrático, afastando-se do viés inquisitório que sempre reinou no país. Da mesma maneira, desde então, houve uma profunda reforma nos procedimentos, em especial no que toca ao Tribunal do Júri, e não houve a adequação do regramento das invalidades processuais a esses novos tipos ou modelos legais.

Importante salientar que o Código Processo Penal de 1941 entrou em vigor em plena ditadura do Estado Novo, e sofreu forte influência ideológica do Código de

³⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1139-1141. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 25 set. 2024.

Processo Penal Italiano de 1930, conhecido como Código Rocco, oriundo do regime fascista, que suprimiu as nulidades absolutas, determinando a possibilidade de convalidação geral de todos os vícios processuais.

E o reflexo dessa matriz inquisitorial do Código de 1941 é a sua exposição de motivos, de autoria do então Ministro da Justiça Francisco Campos. Alguns excertos daquela merecem transcrição:

“A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE

II – (...) As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

(...)

As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça.”³¹

Percebe-se, de início, que o objetivo do legislador não foi criar um sistema amplo e eficiente de garantias ao imputado. Muito ao contrário. Objetivou-se, no tratamento da matéria pelo CPP, conferir primazia ao que chama de tutela social e à economia processual, em detrimento dos direitos e garantias do imputado, apontados como meros favores e elementos que obstam ou retardam a eficiência da repressão penal:

“AS NULIDADES

XVII - Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos

³¹ Brasil. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: MOSSN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada*. 3. ed. Barueri: Manole, 2013. E-book. p. XII-XIII. ISBN 9788520444702. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520444702/>. Acesso em: 10 set. de 2024.

cidadãos”.

(...)

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

(...)

Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma.”³²

Observa-se, uma vez mais, a ojeriza à forma, ideal que, inexoravelmente, norteou o legislador na elaboração do Código de Processo Penal ainda vigente em nosso ordenamento jurídico. Denota a adoção da máxima “os fins justificam os meios”, reforçando que, somente em casos excepcionais, o defeito processual é insanável. A regra do Código, destarte, é a sanabilidade das nulidades.

Este último trecho transcrito da Exposição de Motivos do CPP faz referência a uma disposição que é amostra nítida do autoritarismo do CPP em matéria de nulidades, que é a contida no art. 566: “*Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.*”.

As formas previstas em lei possuem uma razão de ser. O Processo Penal em um Estado Democrático de Direito não garante forma apenas pela forma, senão que a tipicidade dos atos processuais representa um mecanismo de defesa do cidadão contra arbitrariedades daquele. Nas palavras de Ana Sofia Schmidt³³, não se pode confundir “*formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma*”. Assim sendo, não se mostra viável condicionar o acolhimento de uma nulidade

³² Brasil. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: MOSSN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada*. 3. ed. Barueri: Manole, 2013. E-book. p. XX. ISBN 9788520444702. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520444702/>. Acesso em: 10 set. de 2024.

³³ SCHMIDT, Ana Sofia. *Resolução 05/02: Interrogatório on-line*. Boletim do IBCCrim, n. 120, novembro/2002.

a sua influência na apuração da verdade substancial, conceito que inclusive possui questionável rigor científico no âmbito processual penal³⁴.

Não há como se separar, a priori, a tipicidade processual da decisão de mérito que será proferida. As formas prescritas em lei, salienta, não são “enfeites”, carentes de conteúdo. No dizer de Aury Lopes Jr.³⁵:

“Na perspectiva do processo como procedimento em contraditório, todos os atos do procedimento miram o provimento final (sentença) e estão geneticamente vinculados, de modo que existe uma relação de dependência quanto à regularidade/irregularidade do ato que o precede e ainda influi sobre a eficácia dos atos que o seguem.”
(LOPES JR., 2014)

Portanto, é nítida a desconformidade constitucional do Código de Processo Penal. Uma inadequação que acarreta, por óbvio, enorme insegurança jurídica, em especial aos imputados, a quem o sistema de invalidades processuais deve servir.

Assim, diante de uma sistemática legal confusa e antiquada, observa-se também intenso dissenso na doutrina, bem como uma jurisprudência hesitante sobre a matéria, o que resulta em perigoso decisionismo, como indica Aury Lopes Jr.³⁶, que alerta para a existência do que chama de processo penal “a la carte”, no qual os tribunais selecionam arbitrariamente as formas que merecem proteção. É irrazoável submeter um assunto de tamanho impacto, que deveria ter regramento uniforme e sólido, a um cenário de casuísmo e incerteza. Guilherme de Souza Nucci³⁷ sintetiza brilhantemente o dilema aqui em análise:

“Vale ressaltar, desde logo, que o contexto das nulidades não apresenta integral harmonia entre o preceituado em lei e o pensamento doutrinário e jurisprudencial. Por vezes, nulidade que o CPP considera absoluta (qualquer forma de incompetência, por exemplo), ressalva a doutrina, com o aval dos tribunais, ser relativa

³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1124-1126. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 10 set 2024.

³⁵ LOPES JR., Aury. *Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal*. Revista Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal/>. Acesso em: 10 set 2024.

³⁶ LOPES JR., Aury. *Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal*. Revista Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal/>. Acesso em: 11 set 2024.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 858. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 11 set. 2024.

(como a incompetência territorial). Noutros casos, o CPP estipula ser nulidade relativa (a falta de intervenção do MP em ação pública por ele intentada, como exemplo), enquanto a doutrina afirma ser nulidade absoluta. É preciso que nos acostumemos a analisar o capítulo das nulidades de acordo com o pensamento predominante tanto da doutrina quanto da jurisprudência.” (NUCCI, 2024, p. 858)

Dessa forma, faz-se necessário, acima de tudo, estabelecer um tratamento sólido das invalidades processuais. O melhor remédio, por certo, seria a elaboração de um novo Código de Processo Penal, compatível com a Constituição de 1988 e o modelo acusatório, dotado de um capítulo sobre invalidades processuais mais claro e sistematizado. Todavia, como efeito paliativo, tendo em vista o regramento confuso, é necessário que a jurisprudência trate o tema não só uniformemente, como também o faça em adequação ao sistema constitucional de garantias.

3 Princípios das Nulidades

Ao discorrer sobre qualquer matéria no âmbito do direito, faz-se necessária a análise da base principiológica aplicável àquela. A doutrina elenca uma série de princípios relacionados às nulidades no processo penal. Entretanto, tendo em vista os objetivos almejados com este trabalho, faz-se a opção por abordar aqueles mais relevantes para a tese em desenvolvimento.

3.1 Princípio do Prejuízo

O princípio mais importante incidente às invalidades processuais é o do prejuízo. Está previsto expressamente no Código Processo Penal, no art. 563: *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”*.

O conteúdo desse princípio reside na ideia de que o processo ou, mais especificamente, as formas previstas em lei para realização dos atos processuais, não são fins em si mesmos. A tipicidade processual existe com o fito de se alcançar, ao final, um provimento jurisdicional qualificado.

Dessa forma, em regra, um ato do qual não decorreu qualquer prejuízo para as partes, ou que, mesmo praticado em desconformidade com o modelo legal, atingiu a finalidade para a qual a forma foi prevista e, dessa maneira, não influenciou na decisão de mérito, não deve ser invalidado. Para que se reconheça a nulidade, com a decretação de ineficácia do ato, *“é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto.”* (TOURINHO FILHO, 2013, p. 137)³⁸.

Essa é a corrente adotada pelo Código de Processo Penal, e que fora expressamente defendida em sua Exposição de Motivos, conforme observa-se em trecho a seguir transcrito: *“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo,*

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.”³⁹.

As expressões utilizadas não deixam dúvidas quanto à repulsa do legislador às formas e ao sistema de garantias processuais do acusado. Estabelece, como regra geral, a exigência de comprovação de prejuízo pela parte interessada em todas as hipóteses de atipicidades processuais. A intenção do legislador foi delinear um quadro normativo em que a decretação de nulidade é hipótese excepcional.

Esse dano processual que tem a parte o dever de comprovar deve ser concreto. A demonstração efetiva desse prejuízo se dá por simples raciocínio lógico ou por meios ordinários de prova⁴⁰. Na lição de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:

“normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 28)⁴¹

A doutrina processual penal, conforme anteriormente referido, em sua esmagadora maioria, adota a divisão das nulidades em relativas e absolutas. No que tange às primeiras, há unanimidade quanto à necessidade de efetiva demonstração de prejuízo pela parte arguente. Sem embargo, com relação às segundas, há divergência sobre a necessidade ou não de comprovação de prejuízo. Quanto ao tema, é possível detectar duas correntes distintas, com subdivisões em uma delas:

- 1) **Desnecessidade de comprovação de prejuízo:** a posição majoritária sustenta que não se exige da parte interessada a comprovação de prejuízo relativamente àqueles vícios configuradores de nulidade absoluta⁴². Dentro

³⁹ Brasil. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: MOSSN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada*. 3. ed. Barueri: Manole, 2013. E-book. p. XX. ISBN 9788520444702. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520444702/>. Acesso em: 24 set. de 2024.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 615.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁴² Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 450. ISBN 9788553620821. Disponível em:

desta corrente, há três visões distintas: a) **presunção absoluta de prejuízo**⁴³: entende-se que o prejuízo é presumido, sendo esta uma presunção *juris et de jure*. b) **presunção relativa de prejuízo**⁴⁴: a presunção, de acordo com esse entendimento, seria *juris tantum*, facultando-se à parte interessada na subsistência do ato atípico a possibilidade de comprovar a ausência de prejuízo⁴⁵. c) **prejuízo evidente**⁴⁶: uma última perspectiva compreende inapropriada a utilização da palavra presunção, levando em conta que esta sugere inversão do ônus da prova, o que não ocorre quando o dano for manifesto.

- 2) **Necessidade de comprovação de prejuízo**⁴⁷: alguns autores sustentam a imprescindibilidade da comprovação do prejuízo pela parte interessada, mesmo nos casos de nulidade absoluta. É a posição, em regra, dos Tribunais Superiores, como será visto adiante.

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>. Acesso em: 24 set. 2024; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 614-615;

⁴³ Nesse sentido: MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. p. 455. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>. Acesso em: 25 set. 2024; NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 860. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 25 set. 2024; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 263; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 82-84.

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 349.

⁴⁵ Foi a proposta sugerida pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, em seu voto-vista nos REsp's nºs 1933759/PR e 1946472/PR, representativos da controvérsia objeto do Tema Repetitivo n. 1114, que versavam sobre a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório do acusado. p. 20. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=4&documento_sequencial=208231417®istro_numero=202101163670&peticao_numero=&publicacao_data=20230925&formato=PDF.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁴⁷ Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 30. ed. Barueri: Atlas, 2023. E-book. p. 774. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 25 set. 2024; e AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. p. 1038. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 25 set. 2024.

Frederico Marques, por sua vez, adota entendimento singular quanto a este ponto. Por mais que divida as nulidades em absolutas e relativas, não utiliza como critério para distingui-las o prejuízo acarretado pelo ato defeituoso. O princípio do *pas de nullité sans grief*, para o renomado jurista, se vincula aos conceitos de formalidade e ato processual essenciais, que seriam aqueles descritos no art. 564, III, CPP. Não praticado ato essencial ou omitido deste formalidade essencial, configurada estaria a nulidade, independentemente de qualquer indagação quanto ao prejuízo⁴⁸. Como a omissão de elemento essencial do ato poderia ser inclusive sanada, caso atingido o objetivo perseguido pela forma (art. 572, II, CPP), não coincidiria esta situação com a configuração de nulidade absoluta, que é insanável⁴⁹.

A teoria do prejuízo também é alvo de releituras por parte da doutrina que a vê como inadequada ao processo penal, em especial no que diz com a sua aplicação pelos juízes e tribunais. Há autores⁵⁰ que propõem uma teoria de inversão de sinais. Partindo da premissa de que forma é garantia no processo penal, defendem que na verdade a própria inobservância à tipicidade processual denota, *per se*, prejuízo, sob pena de se entender que o legislador estabeleceu formas desprovidas de significado. Entendem, com base nessa perspectiva, que, uma vez evidenciada a atipicidade do ato, o réu não possui o dever de comprovar o prejuízo. Transfere-se ao juiz o ônus de demonstrar a ausência de prejuízo. Em outras palavras, o magistrado, para manter a eficácia do ato, deve expor as razões pelas quais a inobservância ao modelo legal não impediu que o ato atingisse sua finalidade, ou demonstrar sua convalidação ou saneamento.

A multiplicidade de perspectivas no que se refere à teoria do prejuízo revela a confusão que a sua aplicação acarreta no processo penal. O próprio conceito de prejuízo é indeterminado, sendo, no mais das vezes, determinado de acordo com o entendimento de cada magistrado no caso concreto, o que incentiva a construção de

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 501-502.

⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 523.

⁵⁰ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed., São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 815; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1127-1128. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 26 set. 2024.

uma jurisprudência oscilante sobre o tema e um sistema de nulidades processuais penais “a la carte”.

A polissemia inerente ao termo “prejuízo” cria um obstáculo quase intransponível à parte que suscita a nulidade. Afinal, como se faz prova do prejuízo? Como se avalia o prejuízo? Quais são os critérios utilizados para quantificar o prejuízo?⁵¹

A péssima sistemática legal e a falta de uniformização e clareza nas decisões judiciais sobre o tema fazem com que não haja resposta no ordenamento jurídico pátrio para esses questionamentos.

3.1.1 Origem da Expressão *pas de nullité sans grief*

Um aspecto que chama a atenção, no que se refere às nulidades processuais penais é a utilização, em praticamente todas as decisões judiciais que versam sobre o assunto, da expressão francesa *pas de nullité sans grief*.

Preliminarmente, merece crítica a utilização de estrangeirismos no direito. O dever de fundamentação das decisões judiciais exige também uma clareza do seu conteúdo. Indaga-se: qual o sentido de, ao decidir matéria veiculada, por exemplo, em um *habeas corpus*, remédio judicial de procedimento flexível, impetrável até mesmo pelo próprio preso, fundamentar a denegação da origem em um princípio de origem francesa? Esse expediente auxilia, em alguma medida, a compreensão dos jurisdicionados acerca da matéria decidida?

A partir disso, faz-se necessária uma investigação a respeito da origem dessa expressão.

A origem⁵² do adágio *pas de nullité sans grief* é associada às Ordenanças Cíveis de 1667 e Criminais de 1670, surgidas sob o reinado de Luís XIV, na França. A nulidade, nesses regramentos, consistia em instrumento de controle da atividade dos

⁵¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1274.

⁵² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 202-203. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 30 set. 2024.

Parlamentos, que exerciam, no antigo regime, papel de tribunais de justiça, obrigando-os a seguirem os ditames da lei que, na ocasião, era a própria vontade do monarca.

Importante consignar que, desde o Direito Romano, uma estrutura processual excessivamente formalista imperou na Europa, na qual violações mínimas às formas ensejavam a anulação do processo⁵³.

Como um voto de protesto dos juízes contra a rigidez formal das Ordenanças Civis, nasce o adágio *nullité sans grief n'opere rien*. Essa inovação foi introduzida em um julgado do Parlamento de Toulouse, e consistia em “*um critério mediante o qual os magistrados se abstinham de declarar a ineficácia de um ato, em virtude de não vislumbrarem prejuízo algum às partes.*” (ZACLIS, 2015, p. 100)⁵⁴. Para alguns autores⁵⁵, esse é o marco histórico que representa a gênese do princípio do *pas de nullité sans grief*.

Após a Revolução Francesa, surgiu na Era Napoleônica o *Code de Procedure Civile*, de 1806, que estabeleceu procedimento pautado pela oralidade, simplicidade e publicidade dos atos. O tratamento das formas processuais passou a se dar de forma mais flexível. Destaca-se o art. 173 daquele Código, que assim dispunha: “*Toda nulidade de ato ou de procedimento é sanada se não for alegada antes de qualquer defesa ou exceção, exceto as exceções de incompetência.*” (tradução nossa).⁵⁶

⁵³ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do "pas de nullité sans grief" no âmbito do processo penal brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 99-100. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-143036. Acesso em: 30 set. 2024.

⁵⁴ ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do "pas de nullité sans grief" no âmbito do processo penal brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 100. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-143036. Acesso em: 30 set. 2024.

⁵⁵ Nesse sentido: ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades no processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935. p. 128-129; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 18 e 79.

⁵⁶ “*toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.*” (Code de procédure civile. Edition de l'imprimerie ordinaire du Corps législatif. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5772912j#>). Acesso em: 30 set. 2024.

Segundo Gloeckner⁵⁷ o adágio *pas de nullité sans grief* é herança do *Code* (Código Napoleônico de 1806), e foi transplantado ao processo penal ao *Code d'instruction criminelle* de 1808⁵⁸, que também exsurge em plena Era Napoleônica.

O princípio em comento aparece na legislação francesa vigente no art. 114⁵⁹, segunda parte, do Código de Processo Civil Francês e no art. 802⁶⁰ do Código de Processo Penal Francês, em que se impõe, para a decretação de nulidade processual, a constatação de prejuízo à parte.

É incontroverso na doutrina, contudo, que o *pas de nullité sans grief* possui suas raízes no processo civil⁶¹, fato que motiva intensas críticas de autores quanto a sua aplicação na seara penal.

3.1.2 Transmissão de Categorias do Processo Civil ao Processo Penal

A análise quanto à origem do princípio do prejuízo escancara a grande problemática da sua aplicação ao processo penal. A transposição desmedida de

⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 182. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 01 out. 2024.

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 204. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 01 out. 2024.

⁵⁹ “La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public.”. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006410221. Acesso em: 01 out. 2024.

⁶⁰ “En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.”. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006578402. Acesso em: 01 out. 2024.

⁶¹ Nesse sentido: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 207. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 01 out. 2024; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1126. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 01 out. 2024; ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do "pas de nullité sans grief" no âmbito do processo penal brasileiro*. 2015. p. 103. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-143036. Acesso em: 01 out. 2024.

categorias do processo civil à seara penal representa grande entrave à construção de um processo penal democrático e constitucional, com base em um sistema acusatório.

Aury Lopes Jr. representa grande crítico da existência de uma Teoria Geral do Processo. Em uma de suas muitas análises⁶² sobre o assunto, utiliza-se de ensinamentos do ilustre processualista Francesco Carnelutti que, em um artigo em 1946, compara o processo penal com a personagem Cinderela, daquela clássica fábula infantil, tendo duas outras irmãs (direito material penal e direito processual civil). O processo penal seria uma irmã preterida, que nunca recebeu a atenção e o cuidado que merecia, tendo que se contentar em utilizar roupas velhas de sua irmã mais velha (processo civil).

Estruturar-se dois ramos completamente distintos do direito por intermédio de uma base principiológica unitária, adotando-se uma Teoria Geral do Processo, é absolutamente inadequado. No processo civil, os litígios envolvem discussão sobre o direito à propriedade. No processo penal, cuida-se da liberdade. No primeiro a questão é meramente o “ter”. No segundo, é o “ser”. Enquanto no processo civil as partes, em regra, estão em posição de plena igualdade, no processo penal a relação processual envolve, em regra, o Estado como parte, exercendo sua pretensão acusatória. Os valores e direitos em jogo são muito distintos, portanto. Isso, por si só, justifica a necessidade de respeitar as categorias jurídicas peculiares ao processo penal. Deve-se respeitá-lo como ramo autônomo.

E em matéria de invalidades processuais, conforme demonstrado, houve uma transposição de diversos conceitos e princípios privatísticos que acabam, até hoje, sendo aplicados ao processo penal. Segundo Gloeckner⁶³, a civilização do processo penal se deu, entre outros fatores, pelo tratamento de atos processuais como categorias de negócios jurídicos. A concepção do processo como relação jurídica, e a consideração dos defeitos processuais como deformação dessa relação reforçam esse transplante de conceitos do direito civil e contratual ao campo do processo penal.

⁶² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 35-39. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 02 out. 2024.

⁶³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 100. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 02 out. 2024.

A grande problemática desse entendimento, conforme expõe Gloeckner⁶⁴, é a inadequada atribuição de carga probatória ao réu, no que se refere à comprovação do dano ocasionado pela prática de ato em desacordo com o modelo legal. Esse ônus imposto pela teoria do prejuízo é impróprio ao processo penal, que possui como princípio elementar a presunção de inocência que, na sua dimensão de norma probatória, impõe a carga probatória inteiramente ao acusador⁶⁵.

Mesmo que discutível a posição que entende inapropriada a atribuição de qualquer carga probatória ao imputado, não comportando qualquer exceção, é evidente que a exigência de demonstração de prejuízo até mesmo quanto àquelas violações a formas absolutamente fundamentais ao procedimento processual penal, é uma solução doutrinária e jurisprudencial que conflita com o processo penal democrático e acusatório desenhado pela Constituição da República. É a prova que a utilização de conceitos civis no âmbito do processo criminal abre margem para a criação de um contexto de legitimação de ilegalidades. Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

“Como dito, no processo penal existe exercício condicionado e limitado de poder, sob pena de autoritarismo. E esse limite vem dado pela “forma”. Portanto, flexibilizar a forma é abrir a porta para que os agentes estatais exerçam o poder sem limite, em franco detrimento dos espaços de liberdade. É rasgar o princípio da legalidade e toda a teoria da tipicidade dos atos processuais. É rasgar a Constituição. Por culpa da TGP, está chancelado o vale-tudo processual. O decisionismo se legitima na TGP. Eu-tribunal anulo o que eu quiser, quando eu quiser. Decisionismo antidemocrático e cultura autoritária.” (LOPES JR., 2024, p. 45)⁶⁶

Diante disso, mostra-se essencial dar ao processo penal o tratamento que um ramo autônomo cientificamente merece. E com mais razão essa providência se faz imprescindível no âmbito das nulidades processuais penais. A mera importação de brocardos estrangeiros de conteúdo privatístico é absolutamente insuficiente para

⁶⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 104. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 02 out. 2024.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 79. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 02 out. 2024.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 45. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 02 out. 2024.

solucionar os problemas advindos da sistematização caótica do Código de Processo Penal quanto àquela matéria, bem como inapropriada para reger um tópico tão sensível dentro do processo penal, que constitui, singelamente, conjunto de princípios e regras para proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado, quando da apuração de infrações à norma de direito penal material.

3.2 *Princípio da Instrumentalidade das Formas*

O princípio da instrumentalidade das formas é, possivelmente, o principal parâmetro hermenêutico do sistema de invalidades processuais consagrado no Código de Processo Penal. É o que se extrai de sua exposição de motivos, assim como do disposto no seu art. 572, II, que predica que determinadas nulidades serão sanadas se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim. Há autores⁶⁷ que sustentam que traduz princípio de igual conteúdo ao do prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Em sentido similar, não é incomum observar julgados do STJ, em especial aqueles de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, em que estes princípios são tratados como sinônimos: “*O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama a efetiva demonstração de prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).*”⁶⁸.

Para a exata compreensão desse princípio, é necessário partir da noção de instrumentalidade do processo. Segundo Gloeckner⁶⁹, a instrumentalidade do processo ganha espaço no debate da doutrina processual brasileira graças ao pensamento de Cândido Rangel Dinamarco. A fase instrumental seria o que este autor chama de

⁶⁷ Nesse sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1272; MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. p. 457. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598872/>. Acesso em: 10 out. 2024; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 421.

⁶⁸ Nesse sentido: AgRg no RHC n. 195.722/PA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/8/2024, DJe de 30/8/2024; AgRg no HC n. 837.406/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023.

⁶⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 192. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 06 out. 2024.

“terceiro momento metodológico” do processo em que, após um período científico de desenvolvimento de conceitos processuais, como os de ação e processo, de forma autônoma em relação ao direito material, o propósito seria dar a estes institutos um endereçamento teleológico⁷⁰. O processo seria, nesse contexto, um instrumento a serviço da paz social⁷¹. Destarte, a ciência processual já possuiria, nessa terceira fase, suporte conceitual e científico para a construção de um sistema jurídico-processual direcionado à consecução de resultados práticos, ou seja, à tutela de direitos. Dinamarco associa esse fenômeno ao chamado aspecto ético do processo⁷².

A instrumentalidade do processo é dotada, na visão do renomado processualista, de um duplo aspecto. Há, primeiramente, um endereçamento positivo do raciocínio instrumental, que se expressa na noção de efetividade do processo, que consiste na “*capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político.*” (DINAMARCO, 2013, p. 315)⁷³. Manifesta-se também por intermédio de seu endereçamento negativo, em que se entende que o processo “*não é um fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes.*” (DINAMARCO, 2013, p. 315)⁷⁴.

E inserida no aspecto negativo do caráter instrumental do processo está a instrumentalidade das formas. O conteúdo essencial desse princípio pode ser sintetizado na máxima, amplamente replicada pela doutrina e jurisprudência, de que as formas processuais não são fins em si mesmas. Elas existem para atingir determinados objetivos políticos, jurídicos e sociais, que acabam encontrando intersecção no escopo maior do processo, que seria a pacificação social. Em síntese o princípio da instrumentalidade das formas se funda na premissa de que “as

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22.

⁷¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 64.

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 315.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 315.

exigências formais do processo só merecem ser cumpridas a risco, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 65)⁷⁵.

Esse princípio, surgido no âmbito do direito privado, foi transmitido também ao processo penal, encontrando ressonância em diversos dispositivos do Código de Processo Penal. Além disso, a doutrina processual penal⁷⁶, em sua grande maioria, adota este princípio como informador da matéria de invalidades processuais. Isso se deve, entre outros fatores, ao esforço de renomados processualistas na construção de uma teoria geral do processo. Nos termos do escólio de Dinamarco⁷⁷, os princípios e conceitos que a integram, são decorrência de uma investigação pautada nas premissas teleológicas de cada um dos ramos da ciência processual, em outros termos, tendo como alicerce o conceito de instrumentalidade do sistema processual.

A abordagem desse princípio na doutrina processual penal frequentemente se funda em conceitos e perspectivas muito similares aos encontrados em obras de processo civil e teoria geral do processo. José Frederico Marques⁷⁸, ao discorrer sobre o princípio, sustenta que:

“Todavia, se o ato processual deve ser praticado segundo as formas legais, menos certo não é, por outro lado, que não podem as normas processuais subordinar-se, nesse caso, aos princípios de um formalismo hipertrofiado e rígido que ponha em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado, para dar excessivo relace ao respectivo modus faciendi.” (MARQUES, 2000, p. 477)

⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65.

⁷⁶ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 450. ISBN 9788553620821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>. Acesso em: 07 out. 2024; BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 564. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 07 out. 2024; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 313.

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 477.

Cuida-se de conceito muito similar, a título de ilustração, com aquele perfilhado por processualistas como Teresa Arruda Alvim⁷⁹, para quem “*As formas do processo são meios para se atingirem fins. Estes, se atingidos, não fazem com que a ausência de atenção à forma gere nulidade*” (ALVIM, 2019, p. 143).

Mesmo autores contemporâneos, na seara do processo criminal, como Guilherme Madeira Dezem⁸⁰, buscando extrair o conteúdo da instrumentalidade das formas, lançam mão de ótica eminentemente civilista sobre o princípio:

“A instrumentalidade das formas significa que as formas não podem ser consideradas um fim em si mesmo. As formas devem ser analisadas dentro de sua finalidade. Vale dizer, dentro da finalidade do ato praticado. Se um determinado ato foi praticado em desconformidade com o modelo legal, mas sua finalidade foi atingida, então não há porque declarar a nulidade do ato.” (DEZEM, 2021, p. 1272)

Mesmo na legislação é visível a proximidade de tratamento entre os principais ramos do direito processual no que tange a essa matéria. O art. 277, do Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, prevê que “*Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*”. Trata-se de previsão muito similar à contida nos arts. 566 e 572, II, do Código de Processo Penal.

Por conta do uso desse princípio indistintamente e sem qualquer adaptação quanto ao seu conteúdo tanto no processo criminal, como no civil, há forte crítica quanto a sua aplicabilidade ao primeiro. Ricardo Gloeckner⁸¹ defende que a instrumentalidade das formas configuraria sistema destinado à gestão dos ilegalismos no processo penal. Consistiria em uma tentativa de conferir uma roupagem democrática para possibilitar a manufecção de um sistema de ilegalismo congênito e elasticidade dos atos processuais, com atuação ativa do juiz, após a Constituição de 1988, demarcando a passagem de um modelo inquisitorial amórfico para um modelo

⁷⁹ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 143.

⁸⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1272.

⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 189. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547214678/>. Acesso em: 08 out. 2024.

de formas livres⁸². O processo de relativização das nulidades seria corolário dessa ótica instrumentalista do processo, o que denota incongruência com a sua aparente feição democrática e constitucional, tendo em conta que foi o exato movimento promovido pelo Código Rocco, que aboliu as nulidades absolutas na Itália.

Aury Lopes Jr.⁸³ também rechaça a incidência do princípio da instrumentalidade das formas na seara criminal. Chega a essa conclusão tendo como premissa o fato de que, no processo penal, forma é garantia e limite do poder⁸⁴. Para o renomado jurista, o processo penal é instrumento que está a serviço do cidadão com o escopo de tutelar com o máximo de eficácia os direitos e garantias fundamentais⁸⁵. Há, portanto, uma instrumentalidade inerente àquele, porém, não uma instrumentalidade das formas, e sim uma “instrumentalidade constitucional”, associada ao imperativo do devido processo legal, levando em consideração que as formas tutelam e efetivam princípios constitucionais, e, dessa forma, o sistema de invalidades processuais deve se pautar pela eficácia destes⁸⁶.

Essas críticas têm suas raízes justamente na desconsideração do processo penal como ramo autônomo, dotado de princípios e regras peculiares. Os direitos em jogo são sensíveis e exigem um tratamento próprio. Amparar uma série de institutos e regras do processo criminal em princípios próprios do processo civil ou oriundos de uma Teoria Geral do Processo, é absolutamente insatisfatório na concretização dos direitos e garantias envolvidos. Algumas leituras nesse sentido chegam a ser temerárias, colocando em risco princípios elementares no âmbito processual penal.

⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 195. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547214678/>. Acesso em: 08 out. 2024.

⁸³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1139. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>. Acesso em: 09 out. 2024.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 40. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620494/>. Acesso em: 09 out. 2024.

⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 35. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620494/>. Acesso em: 09 out. 2024.

⁸⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1137-1138. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>. Acesso em: 09 out. 2024.

Uma demonstração dessa inadequação é encontrada, por exemplo, na clássica obra de Teoria Geral do Processo escrita por Dinamarco, Grinover e Cintra, quando discorrem sobre a instrumentalidade das formas: “*Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento. À aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou **absolvido um culpado**.*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 65, grifo nosso)⁸⁷. Há, nesse excerto, uma subversão da própria essência do processo penal, que possui sempre como ponto de partida a presunção de inocência, que só é afastada por decisão judicial motivada, em que o convencimento do magistrado se forma por meio de um devido processo legal, com respeito às regras do jogo, em que a pretensão acusatória é amparada por prova além da dúvida razoável. Em outros termos, é impossível chegar à conclusão categórica de que determinada pessoa é culpada por determinado fato, tomando como base um procedimento realizado em desconformidade com os modelos previstos em lei. Ainda que em determinadas situações a atipicidade processual não influencie no resultado, é totalmente temerário pressupor a culpa de alguém que não teve o devido processo legal plenamente assegurado.

O mais preocupante é que uma perspectiva muito similar da instrumentalidade das formas é abrigada pelo Código de Processo Penal, como a disposição que condiciona a decretação de nulidade de ato processual a sua influência ou não na apuração da verdade substancial (art. 566). A verdade real ou substancial (conceito inadequado ao processo penal) se sobrepõe, nessa ótica, ao devido processo legal, sendo que essa relação não é compatível com a dinâmica do processo criminal, em que a forma é garantia do cidadão e limite do poder, e é através do seu respeito que o convencimento do juiz é construído⁸⁸.

A instrumentalidade das formas não pode se reduzir a um mecanismo de tolerância a ilegalidades. Os ditames de economia e eficiência processuais não são

⁸⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 404-405. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>. Acesso em: 09 out. 2024.

de todo imprestáveis. É essencial a garantia de celeridade na tramitação processual, até mesmo por imposição constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Entretanto, utilizá-la como argumento para compactuar com afrontas a direitos e garantias fundamentais é completamente impróprio. Não obstante, é justamente o princípio da instrumentalidade das formas um dos fundamentos mais recorrentes na jurisprudência dos Tribunais Superiores, de forma a justificar a subsistência de toda sorte de atos praticados em dissonância com a lei processual, o que será objeto do próximo capítulo.

4 Evolução da Jurisprudência sobre Nulidades

A jurisprudência sobre nulidades no processo penal é, conforme já adiantado, alvo de intensas críticas por parte da doutrina, que entende ser matéria alvo de decisionismo, levando em conta que a nulificação ou não dos atos processuais é decidida, no mais das vezes, ao sabor do julgador.

O que torna a situação mais delicada é o fato de que essa jurisprudência hesitante e geradora de imensurável insegurança jurídica foi construída, em larga medida, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que possuem como função precípua, respectivamente, conferir proteção e máxima eficácia às normas constitucionais e uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional federal. Mesmo assim, o que se tem visto é uma jurisprudência, não só defensiva, mas intransigente e restritiva de direitos e garantias fundamentais no que se refere ao tema das invalidades processuais penais, e que, no final das contas, acaba prejudicando a consecução do *munus* constitucional outorgado aos Tribunais Superiores.

A partir dessas reflexões, faz-se uma análise da jurisprudência dessas Cortes, levando em consideração aspectos específicos do tema das nulidades no processo penal, já apresentados anteriormente neste trabalho.

4.1 Demonstração do Prejuízo

A demonstração do prejuízo para decretação de nulidade processual é a marca registrada da jurisprudência contemporânea sobre o assunto nos Tribunais Superiores. Em regra, a exigência se aplica tanto a nulidades absolutas quanto relativas. Se não bastasse isso, os Ministros fazem questão de utilizar em praticamente todos os julgados sobre a matéria o adágio *pas de nullité sans grief*.

Passa-se à análise de julgados prolatados por ambos os Tribunais Superiores.

4.1.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

A exigência de demonstração de prejuízo para decretação de nulidade não é um fenômeno novo na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira. A título de exemplo, o STF, em *Habeas Corpus*⁸⁹ datado de 1965, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, assim abordou o tema:

“O que o C.P.C. institui como nulidade absoluta, no art. 564, letra c, é a falta de defesa, não a deficiência de defesa. Deficiência de defesa é problema que já temos apreciado algumas vezes, e sempre procuramos verificar se dela resultou efetivo para o acusado. (...) Em outras palavras, é caso de nulidade relativa, que haveria de ser denunciada nas razões.”

Esse acórdão foi um dos precedentes que justificou a edição do enunciado da Súmula 523, aprovada em sessão plenária do dia 03/12/1969, com a seguinte redação: *“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.”*

Percebe-se uma preocupação da Corte, ao menos nesse início, de separar nulidades absolutas de relativas, exigindo prova de prejuízo apenas quanto às últimas.

Essa foi a posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda por algumas décadas. Em *Habeas Corpus*⁹⁰ julgado em 1979, de relatoria do Ministro Antonio Neder, deu-se ênfase a essa distinção entre nulidade absoluta e relativa: *“Não é absoluta, em processo criminal, a nulidade prevista no art. 76 da Lei n. 4.215/63. Seu pronunciamento depende, logo se vê, de prejuízo, como decorre do art. 563 do C.Pr.Penal. E, no caso, os Impetrantes não alegaram prejuízo.”*

Outro precedente do Supremo Tribunal Federal, dessa vez no ano de 1987, trilha caminho similar. Cuida-se de Recurso Extraordinário⁹¹, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que anulou processo, tendo como fundamento nulidade absoluta decorrente da inobservância da forma prevista no art. 514, do CPP, que determina a notificação do acusado para apresentar resposta escrita nos processos envolvendo crimes de

⁸⁹ HC 42274, Relator(a): VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 10-06-1965, DJ 11-08-1965.

⁹⁰ HC 56672, Relator(a): ANTONIO NEDER, Tribunal Pleno, julgado em 08-03-1979, DJ 06-04-1979.

⁹¹ RE 108485, Relator(a): CELIO BORJA, Segunda Turma, julgado em 25-08-1987, DJ 30-10-1987.

responsabilidade dos funcionários públicos. O relator Min. Célio Borja, ao apresentar voto pelo provimento do recurso, a princípio, confere interpretação bem restritiva em matéria de nulidades, sustentando que o art. 563, do CPP, que veicula o princípio do prejuízo, seria aplicável a todas as hipóteses de nulidade previstas no art. 564, do mesmo diploma legal: “As nulidades capituladas no art. 564, CPP, subordinam-se à regra ínsita na norma que o antecede”. É um entendimento inclusive mais rigoroso do que aquele previsto no próprio Código, que, no *caput*, do art. 572, distingue os vícios dispostos no art. 564, apontando aqueles sanáveis e, por eliminação, também os insanáveis. Mesmo na literatura jurídica mais antiga, pode-se citar José Frederico Marques⁹², que compreendia que na ausência de qualquer dos atos arrolados no art. 564, III, CPP, ou quando houver omissão de alguma de suas formalidades essenciais, caracterizada estaria a nulidade, independentemente da existência de prejuízo à parte.

Todavia, no julgamento desse mesmo Recurso Extraordinário, o Min. Aldir Passarinho trouxe voto-vista, salientando que a atipicidade debatida naquele representava nulidade relativa, e não absoluta conforme decidido pela Corte *a quo*, justificando a sua posição com dispositivos do Código de Processo Penal, em especial os arts. 570 a 572. Por conseguinte, só se decretaria a nulidade caso configurado prejuízo à defesa. Divergiu do relator apenas quanto à conclusão deste pela ausência de prejuízo, porquanto julgou que o Tribunal de origem, ao declarar a nulidade absoluta, não analisou a questão, o que ensejaria supressão de instância por parte do STF, caso analisasse a matéria sob esta ótica. O Ministro relator acabou aditando seu voto, acompanhando este adendo proposto pelo Min. Aldir Passarinho. Impende registrar, quanto a esse precedente, a dicotomia ainda aderida pela Suprema Corte entre nulidades absolutas e relativas.

Nesses julgados, contudo, nenhum dos Ministros lançou mão do brocardo *pas de nullité sans grief*. Ao efetuar busca na ferramenta de Pesquisa de jurisprudência que integra o site do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar no ano de 1950 o registro mais antigo de aplicação da expressão francesa. Isso se deu em sede de

⁹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2. p. 502.

Recurso Extraordinário⁹³, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. Cuidava-se, todavia, de recurso interposto no âmbito de uma ação de divisão, de natureza cível.

Em 5 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Cidadã, que positivou uma série de direitos e garantias fundamentais em matéria processual e penal. Edificou, por intermédio de seus princípios e regras, as bases de um processo penal acusatório⁹⁴ e democrático.

Por mais que pareça um contrassenso, é correto afirmar que, a partir da década de 90, a jurisprudência do STF passa, paulatinamente, a se tornar mais rígida em matéria de nulidades processuais penais. A aplicação da teoria do prejuízo dá-se de forma banalizada, com a preocupação, cada vez maior, com a instrumentalidade das formas.

Em 1992, o Supremo Tribunal Federal julgou *habeas corpus*⁹⁵ em que o adágio *pas de nullité sans grief* aparece como fundamento da decisão. É o acórdão, em matéria criminal, mais antigo, encontrado na ferramenta de Pesquisa de jurisprudência do site do STF, em que o brocardo francês aparece. A defesa alegava, na ocasião, a nulidade decorrente da não intimação do defensor constituído do acusado para acompanhar a oitiva de testemunhas ouvidas por carta precatória. O voto vencedor, apresentado pelo Ministro Carlos Velloso, entendeu ausente o prejuízo na hipótese, pois, no acórdão recorrido, consignou-se que os depoimentos destas testemunhas não influenciaram na apuração da verdade ou na decisão da causa que, na hipótese, consistia em sentença de pronúncia. Segundo o Ministro: “*Ora, a lei processual penal adotou o princípio de que sem prejuízo não se anula o ato processual (C.P.P., artigos 563 e 566), na linha, aliás, do adágio “pas de nullité sans grief”.*”. Nota-se já, nessa manifestação, uma aplicação genérica do princípio do prejuízo, sem qualquer preocupação em classificar a eiva processual como nulidade absoluta ou relativa.

⁹³ RE 14173, Relator(a): OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, julgado em 22-09-1950, DJ 19-10-1950.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 223. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620494/>. Acesso em: 17 out. 2024.

⁹⁵ HC 69385, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06-10-1992, DJ 04-12-1992.

A jurisprudência da Suprema Corte Brasileira caminhou ainda para exigir expressamente a existência de prejuízo concreto, mesmo em hipóteses de nulidade absoluta. Em *habeas corpus*⁹⁶, julgado em 1998, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence reconhece a ocorrência de nulidade absoluta, por ausência de quesito obrigatório em julgamento pelo júri, porém, entendendo ausente o prejuízo, deixa de declará-la. O ilustre Ministro afirmou o seguinte em seu voto: “*Sucedee que, ainda sobre a nulidade absoluta, prevalece o dogma pas de nullité sans grief, corolário da instrumentalidade essencial das normas processuais.*”. A Primeira Turma, por unanimidade, aderiu ao voto do Relator.

Também o Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar outro *habeas corpus*⁹⁷, chegou a alçar o adágio *pas de nullité sans grief* à categoria de dogma fundamental da disciplina das nulidades, incidente inclusive nas situações envolvendo nulidade absoluta.

Em sentido similar decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de *habeas corpus*⁹⁸, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Nessa oportunidade, realçou a Corte não só a necessidade de existir prejuízo, como também impôs ônus de demonstrá-lo à parte arguente do vício. Na dicção do voto da Relatora: “*A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta*”. Cuida-se de precedente paradigmático e utilizado até os dias de hoje para fundamentar acórdãos do STF sobre o tema⁹⁹.

É perceptível o movimento feito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para eliminar a distinção proveniente, especialmente, da doutrina, entre nulidades absolutas e relativas. A violação ao modelo legal, independente da gravidade do vício e essencialidade do ato na efetivação do princípio constitucional

96 HC 76567, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14-04-1998, DJ 22-05-1998.

97 HC 81510, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11-12-2001, DJ 12-04-2002.

98 HC 85155, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22-03-2005, DJ 15-04-2005.

99 Nesse sentido: HC 242919 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 09-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-09-2024 PUBLIC 18-09-2024; HC 115114 AgR, Relator(a): CRISTIANO ZANIN, Segunda Turma, julgado em 12-12-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 15-12-2023 PUBLIC 18-12-2023.

por ele tutelado, só ocasionará a decretação de invalidade do ato se a parte que apontar a nulidade comprovar o prejuízo.

Esse entendimento já é absolutamente consolidado na jurisprudência do STF, em ambas as Turmas. Muda a composição da Corte, mas a visão sobre a matéria permanece inalterada.

Algumas manifestações recentes da Suprema Corte sobre o tema:

“O reconhecimento de nulidade (inclusive absoluta) exige demonstração do prejuízo, não sendo suficiente a mera presunção, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.”¹⁰⁰

“o princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo à parte que suscita o vício, independente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela a nulidade absoluta”¹⁰¹

“A jurisprudência desta Suprema Corte exige, como regra, a demonstração concreta de prejuízo tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas, marcadas que são pelo princípio do pas de nullité sans grief previsto no artigo 563 do CPP.”¹⁰²

“É firme a posição desta Corte no sentido de que as nulidades alegadas, para serem reconhecidas, pressupõem a comprovação do prejuízo, com a devida demonstração da efetiva lesão ao devido processo legal, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não podendo esse ser presumido, a fim de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional. A propósito, cuida-se de aplicação do princípio cognominado de pas de nullité sans grief, aplicável tanto a nulidades absolutas quanto relativas.”¹⁰³

É jurisprudência assente, desse modo, a exigência de demonstração do prejuízo para a declaração de nulidade absoluta. Há uma subversão de premissas basilares do sistema de nulidades no processo penal. A divisão de determinadas atipicidades processuais em nulidades absolutas e relativas foi a orientação predominante na jurisprudência pátria, e remanesce a posição dominante na doutrina, que advém até mesmo de obras antigas de processo penal. O que se faz na

¹⁰⁰ RHC 169145 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 08-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 13-04-2021 PUBLIC 14-04-2021.

¹⁰¹ ARE 1507006 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 25-09-2024 PUBLIC 26-09-2024.

¹⁰² HC 245936 AgR, Relator(a): FLÁVIO DINO, Primeira Turma, julgado em 14-10-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-10-2024 PUBLIC 17-10-2024.

¹⁰³ RvC 5532 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-10-2023 PUBLIC 24-10-2023.

jurisprudência atual do STF é uma releitura desse entendimento. Ao se afirmar, sem qualquer embasamento jurídico-teórico, que o princípio francês *pas de nullité sans grief*, cujas raízes estão associadas a institutos de direito e processo civil, estende-se às nulidades absolutas no processo criminal, o que se faz, na realidade, é um esvaziamento total dos parâmetros construídos pela teoria das nulidades no âmbito deste, ao longo de décadas, que resultou na classificação dos vícios processuais de acordo com seu grau de relevância ou gravidade.

Ao mesmo tempo em que se utiliza ainda das expressões “nulidade absoluta” e “nulidade relativa”, aplica-se tratamento indistinto a ambas as categorias, o que torna ilógica a utilização desta divisão, que não foi criada em vão, e sim para conferir proteção maior a determinadas formas, mais sensíveis e relevantes à marcha processual, em comparação a outras.

Aliás, o juízo do Supremo Tribunal Federal é tão inapropriado nesse aspecto que não encontra ressonância nem na jurisprudência da Corte de Cassação Francesa que, em diversos de seus precedentes, ao aplicar o princípio do prejuízo, ressalva as hipóteses de nulidade de ordem pública:

“De acordo com a jurisprudência da Corte de Cassação, exceto nos casos de nulidade de ordem pública, que afetam a boa administração da justiça, a câmara de instrução, ao receber um pedido de nulidade, deve, sucessivamente, primeiro verificar se o requerente tem interesse em solicitar a anulação do ato, depois se ele tem legitimidade para fazê-lo e, por fim, se a irregularidade alegada lhe causou um prejuízo. Para determinar se o requerente tem legitimidade para agir em nulidade, a câmara de instrução deve examinar se a formalidade substancial ou prescrita sob pena de nulidade, cuja inobservância é alegada, tem por objetivo preservar um direito ou um interesse que lhe é próprio”¹⁰⁴ (tradução nossa)

¹⁰⁴ “Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, hors les cas de nullité d'ordre public, qui touchent à la bonne administration de la justice, la chambre de l'instruction, saisie d'une requête en nullité, doit successivement d'abord rechercher si le requérant a intérêt à demander l'annulation de l'acte, puis, s'il a qualité pour la demander et, enfin, si l'irrégularité alléguée lui a causé un grief. Pour déterminer si le requérant a qualité pour agir en nullité, la chambre de l'instruction doit examiner si la formalité substantielle ou prescrite à peine de nullité, dont la méconnaissance est alléguée, a pour objet de préserver un droit ou un intérêt qui lui est propre” (Crim., 16 janvier 2024, Cour de cassation, Pourvoi n° 23-84.957. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/decision/65a8cf29e12c85000874ad8d?search_api_fulltext=%22Hors%20les%20cas%20de%20nullit%C3%A9%20d%27ordre%20public%22&op=Para%20pesquisar&date_du=&date_au=&judilibre_jurisdiction=all&previousdecisionpage=0&previousdecisionindex=0&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=2). Acesso em: 19 out 2024.

A situação piora quando há alguma tentativa de dar respaldo jurídico a esse entendimento. Há acórdãos¹⁰⁵, por exemplo, que citam, em sua fundamentação, a clássica obra¹⁰⁶ de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, para justificar a exigência de demonstração de prejuízo mesmo nas hipóteses de nulidade absoluta. Todavia, nesta mesma obra, os autores defendem, em mais de uma oportunidade, que a demonstração de prejuízo não é exigência para a declaração de nulidades absolutas, porquanto nestas o dano processual é evidente¹⁰⁷. É visível que a tese defendida pela Corte carece de argumentos teórico-jurídicos aptos a respaldá-la.

Sem contar outros obstáculos que precedentes da Suprema Corte impõem, principalmente ao dificultar a prova do prejuízo. Há manifestações como:

*“Nos termos do art. 563 do CPP, o reconhecimento de nulidade processual depende da comprovação do efetivo prejuízo à defesa do réu (pas de nullité sans grief), não servindo a condenação como prova do prejuízo, sendo imprescindível a demonstração do nexo causal entre a suposta nulidade e o resultado processual desfavorável.”*¹⁰⁸

*“Demais disso, não há que se falar que eventual condenação, em si considerada, encerra um prejuízo para o réu. É que deve ser demonstrado um liame inequívoco entre a nulidade suscitada e o juízo condenatório.”*¹⁰⁹

Como se observa, impõe a Corte a comprovação de prejuízo concreto, efetivo e inequívoco, sendo que a alegação de que aquele processo alegadamente viciado culminou na condenação do réu não é suficiente, por si só, para desincumbir a parte desse ônus. Para que isso se concretize, deve esta demonstrar o nexo causal entre o

¹⁰⁵ Nesse sentido: HC 243717 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26-08-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-08-2024 PUBLIC 02-09-2024; HC 242798 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26-08-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-08-2024 PUBLIC 02-09-2024; HC 240382 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 07-06-2024 PUBLIC 10-06-2024.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21 e 28.

¹⁰⁸ HC 238579 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 13-06-2024 PUBLIC 14-06-2024.

¹⁰⁹ HC 244255 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 03-09-2024 PUBLIC 04-09-2024.

defeito processual arguido e o resultado desfavorável. Porém, a aplicação dessa regra, em alguns casos, como nas hipóteses de nulidades ocorridas em plenário do Tribunal do Júri, que é a hipótese objeto de julgamento no primeiro precedente citado (HC AgR 238.579, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes), além de inadequada, pode se mostrar, na prática, problemática. Isso porque as decisões do tribunal popular são tomadas pela íntima convicção dos jurados, e sem qualquer fundamentação¹¹⁰, e a demonstração desse “liame inequívoco”, enquanto requisito para a declaração de nulidades, inclusive absolutas e decorrentes de graves violações à lei processual e ao sistema de garantias constitucionais, representa, no mais das vezes, a exigência de produção de uma prova impossível. Não custa realçar que, no processo penal, por força do princípio da presunção de inocência, o acusado não possui qualquer ônus probatório, o que torna esse cenário ainda mais grave.

Em suma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nas últimas décadas, vem relativizando as nulidades absolutas, impondo a comprovação do prejuízo concreto a toda e qualquer alegação de invalidade processual. A aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* não passa de um pretexto utilizado pelos Ministros para conferir algum grau de embasamento jurídico às suas decisões, e que, no fundo, pretende ocultar o real significado desse entendimento que, construído por intermédio de uma jurisprudência defensiva, termina por enfraquecer e reduzir a eficácia do sistema de garantias constitucionais do imputado.

4.1.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional federal, no que se refere à teoria do prejuízo aplicada às nulidades processuais penais, trilhou caminho similar ao do STF. Criado pela Constituição de 1988, a Corte Cidadã, desde seus primeiros anos de funcionamento, exige demonstração do prejuízo para a decretação de invalidades processuais, utilizando como fundamento o adágio *pas de nullité sans grief*:

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 65. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 20 out. 2024.

“DISTINGUE-SE A FALTA DE DEFESA DA SIMPLES DEFICIÊNCIA. NESTA, A NULIDADE PROCESSUAL ESTÁ CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. NAQUELA, FICA VULNERADO O PRINCÍPIO DO 'DUE PROCESS OF LAW' CONSUBSTANCIANDO NULIDADE ABSOLUTA, QUE AFASTA O DO 'PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF'.”¹¹¹

Deste excerto, transcrito da ementa de um acórdão proferido pela Sexta Turma, observa-se a adoção da distinção entre nulidades absolutas e relativas, bem como a presunção de prejuízo que caracteriza as primeiras, tomando como base a Súmula nº 523/STF.

Importante salientar que a jurisprudência do STJ, por mais que se oriente pelos princípios do prejuízo e da instrumentalidade das formas, adotou, em muitos momentos, posição mais flexível no que se refere às nulidades processuais penais, o que diferencia, ao menos relativamente, da postura rígida adotada pela Suprema Corte, que passou a aplicar, há aproximadamente 20 anos, o princípio *pas de nullité sans grief*, independentemente da gravidade do vício apontado.

Mesmo nesse século, vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça denotaram preocupação com a distinção entre nulidades absolutas e relativas, exigindo apenas das segundas a demonstração de prejuízo: “As nulidades do processo penal, quando não absolutas, estão sujeitas ao momento procedimental e à demonstração do efetivo prejuízo para serem aceitas.”¹¹². Neste trecho da ementa de um acórdão proferido em *habeas corpus* pela Quinta Turma da Corte, vê-se que esta excepciona as nulidades absolutas da imposição de demonstração de prejuízo pela parte arguente.

Todavia, ainda que existam precedentes adotando a visão mais tradicional sobre a matéria, é explícito o movimento feito pela jurisprudência do Tribunal da Cidadania, no sentido de relativizar as nulidades absolutas, aplicando-se a estas últimas os mesmos requisitos exigidos para a decretação de nulidades relativas.

¹¹¹ HC n. 2.999/RJ, relator Ministro Anselmo Santiago, relator para acórdão Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 15/12/1994, DJ de 10/4/1995, p. 9301.

¹¹² HC n. 37.089/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2004, DJ de 16/11/2004, p. 311.

A visão da Corte sobre o tema foi se alterando gradativamente, até que em 2010, pautando-se, em especial, por precedentes do Supremo Tribunal Federal, o STJ passou a aplicar o princípio *pas de nullité sans grief* às nulidades absolutas:

*“A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso.”*¹¹³

Ainda em 2010, em julgamento de *habeas corpus*¹¹⁴, a Quinta Turma do STJ delineou explicitamente a corrente que predomina sobre o assunto nesta Corte até os dias de hoje, sustentando que o sistema de nulidades no processo penal deve primar pela instrumentalidade das formas, ou seja, compreendendo que estas não são fins em si mesmas:

“A nulidade apontada pelo impetrante foi devidamente afastada pelo egrégio TJPB, porquanto ausente sequer insinuação sobre qual teria sido o prejuízo sofrido, razão pela qual é totalmente vazia a alegação de nulidade. Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça.”

Essa passou a ser a tônica da jurisprudência do STJ, como se depreende de julgados de ambas as suas Turmas de Direito Penal:

*“Dentro da sistemática processual penal brasileira, tanto as nulidades relativas quanto as absolutas demandam a demonstração de prejuízo para que possam ser declaradas. Este é o teor do art. 563 do Código Processual Penal.”*¹¹⁵

*“As nulidades absolutas e relativas, no processo penal, dependem da demonstração de efetivo prejuízo, diante da máxima pas de nullité sans grief, positivada no art. 563 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso.”*¹¹⁶

¹¹³ HC n. 114.536/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29/4/2010, DJe de 24/5/2010.

¹¹⁴ HC n. 117.952/PB, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27/5/2010, DJe de 28/6/2010.

¹¹⁵ HC n. 207.153/ES, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 7/5/2015, DJe de 26/5/2015.

¹¹⁶ AgRg no REsp n. 1.174.858/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/3/2016, DJe de 17/3/2016.

“Hodiernamente, a jurisprudência desta Corte Superior não admite a declaração de nulidades por presunção, razão pela qual a parte interessada tem o ônus de demonstrar o prejuízo sofrido pela irregularidade, mesmo nos casos das denominadas nulidades absolutas.”¹¹⁷

“Esta Corte de Justiça tem entendimento firme no sentido de que, tanto para a nulidade relativa, quanto para a absoluta, a inobservância procedimental não gera a anulação no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio pas de nullité sans grief, positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal.”¹¹⁸

Dessa forma, é possível afirmar com segurança que a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça abandonou a fórmula tradicionalmente adotada pela doutrina, que indica existência de prejuízo presumido nas situações envolvendo nulidade absoluta. Em outras palavras, a divisão ainda existente na doutrina, entre nulidades absolutas e relativas, teve seu sentido esvaziado pela jurisprudência do Tribunal da Cidadania. É o que se depreende de precedentes recentes da Corte:

“O reconhecimento de nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo, por aplicação do princípio pas de nullité sans grief, o que, conforme consignado na origem, não restou demonstrado no caso em análise, tendo em vista que a confissão realizada no momento da abordagem policial não foi considerada para a condenação do agente.”¹¹⁹

“É reiterada a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo à luz do art. 563 do Código de Processo Penal.”¹²⁰

“A jurisprudência dos tribunais superiores é assente no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato e do caráter relativo ou absoluto da nulidade, uma vez que não se decreta nulidade processual por mera presunção”¹²¹

“É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que a demonstração de prejuízo concreto é essencial para o reconhecimento de uma nulidade, seja ela relativa ou absoluta, de acordo com o

¹¹⁷ HC n. 214.292/GO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/9/2017, DJe de 27/9/2017.

¹¹⁸ HC n. 401.942/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe de 5/4/2018.

¹¹⁹ AgRg no AREsp n. 2.451.366/RO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/9/2024, DJe de 3/10/2024.

¹²⁰ AgRg no RHC n. 179.495/DF, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 24/6/2024.

¹²¹ AgRg no HC n. 629.890/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.

princípio do pas de nullité sans grief, disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. O paciente constituiu defensores, que tiveram acesso à íntegra dos autos. Não há falar em prejuízo, visto que a defesa pode exercer a assistência com conhecimento total do teor da decisão.”¹²²

O STJ também compreende que a assertiva de que o réu foi condenado não é elemento apto, por si só, a comprovar o prejuízo advindo do ato defeituoso, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A condenação, por si só, não é geradora de prejuízo, cabendo ao agente demonstrar que, caso não tivesse ocorrido a nulidade, acarretaria a absolvição criminal ou a desclassificação da conduta, hipótese não ocorrida nos autos.”¹²³

“O prejuízo não pode ser presumido em razão apenas da prolação de sentença condenatória, mas deve ser demonstrado de modo efetivo.”¹²⁴

Contudo, por mais que seja entendimento consolidado em ambas as Turmas, é certo também que a Corte Cidadã, conforme exposto anteriormente, apresenta visão mais ponderada sobre a teoria das nulidades do processo penal, se comparado ao entendimento rígido do STF, apresentando, ao longo dos anos, diversas exceções à regra firmada em seus precedentes.

Em *habeas corpus* julgado em 2012, por exemplo, a Sexta Turma sustentou perspectiva diferente sobre o tema, afirmando, que: *“O erro na intimação da defesa torna o ato inexistente, constituindo nulidade absoluta, na qual o prejuízo é presumido.”¹²⁵*. Adotou-se, na oportunidade, concepção alinhada à doutrina clássica, que defende que há presunção de prejuízo nas hipóteses de nulidade absoluta.

Há outros dois precedentes recentes da Corte flexibilizando o entendimento sobre prejuízo consolidado na sua jurisprudência. O primeiro deles é o REsp 1794907/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, em que se discutia a nulidade de audiência de instrução e julgamento, tendo em vista a ausência do réu

¹²² RHC n. 150.235/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022.

¹²³ AgRg no AREsp n. 2.192.337/ES, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.

¹²⁴ HC n. 674.475/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/4/2024, DJe de 18/4/2024.

¹²⁵ HC n. 129.748/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/2/2012, DJe de 11/4/2012.

preso no ato, por responsabilidade exclusiva do Estado, que alegou impossibilidade de transporte dos presos. Naquela solenidade, foi nomeado defensor dativo para assistir à realização do ato. Contudo, diante da ausência do acusado, não pôde realizar entrevista prévia com este, o que impossibilitou o advogado de conhecer a versão do réu e, com base nesta, formular a defesa durante a inquirição das testemunhas. Assim decidiu o STJ:

“3. É evidente o prejuízo do réu que, por falha no estado, tem cerceado o seu direito de comparecer ao depoimento das testemunhas arroladas pelo órgão acusador, ocasião onde foi representado por um advogado dativo com quem nunca tivera contato. Exigir que a defesa indique desde já os detalhes de um prejuízo é exigir a chamada “prova diabólica”, tendo em vista que não há como a parte provar como o processo seguiria, caso estivesse presente na audiência.

4. A informação de que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais, revela que ele não possuía conhecimento dos fatos, não podendo fazer nada numa audiência desta natureza, denotando, mais uma vez, o efetivo prejuízo sofrido pelo recorrido.”¹²⁶

A Sexta Turma sustentou que, na hipótese, restara configurada a nulidade absoluta e insanável, conforme decidido pelo Tribunal *a quo*, de forma que exigir a demonstração do prejuízo, diante da grave violação ao modelo legal evidenciada no ato em questão, representaria a imposição ao réu da produção de prova diabólica.

Em outro julgado¹²⁷, a Corte Cidadã decidiu de forma parecida. Neste caso, todavia, cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Estadual, com o fito de afastar nulidades ocorridas em plenário do Tribunal do Júri, reconhecidas pela Corte *a quo* quando do julgamento da apelação. A primeira ilegalidade que merece menção é uma reunião reservada, no momento dos debates, entre o Juiz presidente e os jurados, sem a presença da defesa e de membro do Ministério Público. Quanto a esse ponto, decidiu assim a Sexta Turma, nos termos de trecho extraído da ementa do acórdão:

“O ato do Juiz Presidente de se reunir reservadamente com os jurados durante os debates em Plenário desrespeitou a norma por inviabilizar

¹²⁶ REsp n. 1.794.907/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 21/9/2022.

¹²⁷ REsp n. 2.062.459/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 22/9/2023.

a participação das partes no ato, impedindo que estas tivessem acesso ao conteúdo da reunião. Assim, inviável a pretensão do Ministério Público de exigir da defesa a demonstração do prejuízo concreto provocado pelo ato viciado para que seja reconhecida a nulidade.”

Uma segunda arguição de nulidade, ventilada no mesmo acórdão, em que a questão do prejuízo foi analisada sob esse mesmo ângulo, diz respeito à utilização de argumento novo pelo Ministério Público, durante a réplica, inovando os limites da acusação com relação a um dos réus. Quanto a esse defeito processual reconhecido pelo Tribunal *a quo*, assim se manifestou a Sexta Turma:

“3.3. Na verdade, a argumentação do membro do Ministério Público, além de inovar os limites da acusação, pode ter influenciado na votação dos jurados, que julgam segundo sua íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar seus votos.

3.4. Portanto, não se pode exigir da defesa a comprovação do prejuízo, pois tal imposição consubstanciaria prova impossível e diabólica, porquanto impossível se aferir se os jurados levaram ou não em consideração a argumentação do Ministério Público.”

Como se observa dos excertos transcritos do acórdão proferido no Recurso Especial em comento, o Tribunal compreendeu que, no caso concreto, em especial no que tange a essas duas nulidades suscitadas pela defesa, exigir demonstração do prejuízo efetivo gerado por estas seria inviável, uma vez que, no caso da reunião reservada do magistrado Presidente com os jurados, as partes sequer tiveram acesso ao seu conteúdo. Por sua vez, na questão atinente à inovação da tese de acusação em plenário, tendo em vista a ausência de fundamentação que peculiariza a decisão do Conselho de Sentença, composto por jurados leigos, seria impossível inferir se aquela influenciou na formação da convicção destes.

Em resumo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se alinhou, ao longo dos anos, à orientação do Supremo Tribunal Federal no que toca às nulidades no processo criminal, em especial quanto à exigência de comprovação do prejuízo efetivo, nos termos do art. 563, do CPP, para a declaração até mesmo de nulidades absolutas. Entretanto, as Turmas Criminais do STJ vêm admitindo exceções a essa regra, sobretudo nas hipóteses em que a demonstração do dano processual decorrente do ato viciado se mostre demasiadamente difícil, representando prova diabólica ou impossível. Observa-se, portanto, maior flexibilidade quanto à regra do prejuízo na jurisprudência do Tribunal da Cidadania, em comparação com os julgados proferidos pela Suprema Corte sobre a matéria.

4.2 Momento de Arguir as Nulidades

É característica marcante das nulidades absolutas a sua insanabilidade, podendo ser arguidas pelas partes a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Por mais que seja a visão mais tradicional sobre o assunto, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, essa posição tem sido alvo de uma releitura por parte dos Tribunais Superiores.

No âmbito do STF, como já exposto, já houve o zelo de distinguir nulidades absolutas e relativas, sujeitando apenas as últimas à convalidação. Por conseguinte, proferiu decisões sustentando, a título de exemplo, que *“Tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, por tratar-se de nulidade absoluta.”*¹²⁸, ou que *“Tratando-se de nulidade absoluta, não há de se falar em preclusão pelo mero fato de a irregularidade não ter sido argüida logo após o pregão, como determina o art. 571 do Código de Processo Penal.”*¹²⁹, e até mesmo que *“a preclusão – forma de convalidação do ato praticado em desconformidade com o modelo legal – diz respeito propriamente às chamadas nulidades relativas, porque somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de provocação do interessado.”*¹³⁰.

No entanto, nos últimos anos, essa posição vem sendo superada, de forma a estipular que até mesmo nulidades absolutas devem ser suscitadas em momento oportuno, via de regra, na primeira oportunidade de manifestação da parte nos autos, sob pena de preclusão:

*“Segundo a iterativa jurisprudência da Corte, além da arguição oportuna tempore da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para seu reconhecimento, de acordo com o princípio do pas de nullité sans grief, presente no art. 563 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie”*¹³¹

¹²⁸ HC 92569, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 11-03-2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008.

¹²⁹ HC 92958, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01-04-2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-03 PP-00587.

¹³⁰ HC 103094, Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 02-08-2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012.

¹³¹ RHC 208338 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09-05-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 28-06-2022 PUBLIC 29-06-2022.

“Não é dado à defesa suscitar nulidade, absoluta ou relativa, a qualquer tempo.”¹³²

“O reconhecimento de nulidade processual pressupõe a sua arguição na primeira oportunidade apresentada à defesa, sob pena de preclusão.”¹³³

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também realizou, em sua jurisprudência, movimento semelhante. Não faz tanto tempo que a Corte decidia, por exemplo, que:

“De acordo com o sistema processual, as nulidades absolutas - porque de ordem pública -, não se convalidam com o decurso do tempo. Portanto, não estão sujeitas à preclusão, podendo ser declaradas de ofício a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.”¹³⁴

“Tratando-se de uma violação grave, concernente à lisura do devido processo legal, haverá uma nulidade absoluta, que não poderá ser convalidada e o ato deverá ser refeito. Neste caso, não se pode falar em preclusão, pois o vício coloca em risco a legitimidade e a credulidade de direitos e garantias fundamentais. Poderá, portanto, ser alegado em qualquer momento e independente da demonstração de prejuízo.”¹³⁵

Esse posicionamento foi se modificando gradualmente. No ano de 2014, em julgamento de Recurso Especial¹³⁶ pela Sexta Turma, afirmou-se que: *“A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade.”* Essa diretriz que tomou a Corte Cidadã no julgamento deste recurso, subverte um dos atributos mais marcantes da nulidade

¹³² RHC 235029 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-09-2024 PUBLIC 09-09-2024.

¹³³ HC 237602 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 30-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-10-2024 PUBLIC 09-10-2024.

¹³⁴ AgRg no HC n. 242.378/PE, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 25/11/2013.

¹³⁵ REsp n. 1.511.544/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe de 6/11/2015.

¹³⁶ REsp n. 1.439.866/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 6/5/2014.

absoluta, qual seja, de que “*uma vez verificada tal nulidade, cumprirá ao juiz declará-la de ofício, por se cuidar de matéria de ordem pública*” (MOSSIN, 2005, p. 65)¹³⁷.

Já em 2016, no julgamento de um recurso ordinário em *habeas corpus*¹³⁸, também pela Sexta Turma, consolidou-se entendimento no sentido de reconhecer, expressamente que “*A jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que no processo penal mesmo as nulidades absolutas exigem prejuízo e estão sujeitas à preclusão.*”. Novamente, enquanto a doutrina preleciona que “*a denominada “nulidade absoluta” não admite sanatória.*” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 135)¹³⁹, a Corte passa a considerar os vícios dessa natureza sanáveis.

Essa se tornou a posição dominante na jurisprudência do STJ, servindo de fundamentação a diversos acórdãos de ambas as Turmas Criminais:

*“Mesmo nulidades absolutas devem ser arguidas no momento oportuno, sob pena de preclusão.”*¹⁴⁰

*“A jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça entende que em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal.”*¹⁴¹

*“A alegação de eventual nulidade, inclusive as de caráter absoluto, deve ser realizada em momento oportuno, por pautar-se a teoria das nulidades nos princípios da boa-fé objetiva e lealdade processual. No caso, contudo, a alegação aqui trazida, de nulidade por violação do direito ao silêncio, só foi ofertada inicialmente nas razões do apelo defensivo, operando-se, portanto, a preclusão da questão.”*¹⁴²

¹³⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no direito processual penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 65.

¹³⁸ RHC n. 43.130/MT, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/6/2016, DJe de 16/6/2016.

¹³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

¹⁴⁰ AgRg no HC n. 779.283/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 30/9/2024, DJe de 2/10/2024.

¹⁴¹ AgRg no HC n. 863.837/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 12/9/2024.

¹⁴² AgRg no HC n. 695.519/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.

*“Sem embargo, aos ditames da jurisprudência deste Superior Tribunal, mesmo as nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão.”*¹⁴³

Assim, pode-se afirmar que já há jurisprudência pacificada, em ambas as turmas de direito penal do Superior Tribunal de Justiça, sustentando que nulidades absolutas também se sujeitam à preclusão temporal, devendo ser apontadas pela parte oportunamente. Em outras palavras, não há mais espaço para arguir o vício *“a qualquer tempo e em qualquer instância, mesmo depois do trânsito em julgado.”* (NUCCI, 2024, p. 875)¹⁴⁴, como sustenta a literatura processual penal majoritária.

Todavia, também com relação a esse aspecto, há precedentes relativizando essa orientação, reconhecendo que determinadas nulidades, com ênfase para aquelas ocorridas em Plenário do Júri, não se sujeitam à preclusão, de sorte que não se impõe à parte, nessas hipóteses, o dever de indicar imediatamente o vício. Dessa maneira, já decidiu o STJ que *“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ocorrência de nulidade absoluta, por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, não se sujeita ao instituto da preclusão”*¹⁴⁵, e até mesmo que *“O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que as nulidades absolutas, notadamente aquelas capazes de causar perplexidade aos jurados e com evidente violação ao princípio da correlação entre pronúncia e sentença, ensejam a superação do óbice da preclusão.”*¹⁴⁶.

Reforça-se, contudo, que cuida-se de um número ínfimo de decisões nesse teor, prevalecendo a regra, na maioria absoluta dos casos, de que os defeitos processuais, sejam eles nulidades absolutas ou relativas, sujeitam-se à preclusão temporal.

¹⁴³ AgRg nos EDcl no HC n. 760.300/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p. 875. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649280/>. Acesso em: 24 out. 2024.

¹⁴⁵ AgRg no AREsp n. 525.677/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe de 1/8/2017.

¹⁴⁶ REsp n. 2.062.459/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 22/9/2023.

4.2.1 Nulidade de Algibeira

Ainda na seara da sanabilidade das nulidades, surgiu uma figura na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça denominada “nulidade de algibeira” ou “nulidade de bolso”. Cuida-se de estratégia processual, rechaçada pelos Tribunais Superiores, que *“ocorre quando a Defesa não alega a existência de vício formal em momento oportuno, quedando-se inerte até que seja verificado, no futuro, que a tese acarretará mais benefícios ao Agente, em explícita ofensa aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.”*¹⁴⁷. Em outras palavras, é a hipótese em que a parte não aponta o vício durante o trâmite processual, deixando para alegá-lo, de forma estratégica, em momento processual mais conveniente, geralmente na via extraordinária, em que não há reexame fático-probatório, ou até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. É considerada conduta violadora dos princípios da boa-fé processual e da cooperação.

Essa expressão surgiu na jurisprudência da Corte Cidadã em um acórdão proferido em recurso especial¹⁴⁸, julgado pela Terceira Turma da Corte, especializada em direito privado, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, em que se estabeleceu que *“Deficiência na intimação não pode ser guardada como nulidade de algibeira, a ser utilizada quando interessar à parte supostamente prejudicada.”*.

A partir daí, o termo passou a ser utilizado em diversos julgamentos das Turmas de Direito Privado, até que, como diversos institutos e conceitos existentes na teoria das nulidades do processo penal, foi para este transportada. A “nulidade de algibeira” tornou-se assim mais um parâmetro utilizado pelas Turmas Criminais para sanear nulidades suscitadas pelas partes. É o que se observa do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, enquanto relatora de um agravo regimental¹⁴⁹, julgado pela Sexta Turma no ano de 2017:

“Outrossim, importante consignar que a jurisprudência desta Corte Superior tem rechaçado com veemência a chamada nulidade de

¹⁴⁷ AgRg no HC n. 746.715/SE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.

¹⁴⁸ REsp n. 756.885/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14/8/2007, DJ de 17/9/2007, p. 255.

¹⁴⁹ AgRg no AREsp n. 1.163.251/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 13/11/2017.

algibeira, ou de bolso, situação onde a parte permanece em silêncio durante o desenrolar processual e alega a existência da nulidade no momento processual que entende mais adequado.”

Essa é, atualmente, a orientação adotada pela Corte em casos criminais, exigindo, mais do que nunca, que a parte aponte o defeito processual, mesmo que configure nulidade absoluta, de preferência, na primeira oportunidade possível, sob pena de preclusão. Alguns precedentes recentes nessa linha:

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é assente em que a nulidade deve ser arguida na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência, levando ao conhecimento da Corte local, por meio do recurso cabível, a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão. Além disso, configura a vedada “nulidade de algibeira”, caracterizada pela insurgência tardia da defesa, como estratégia processual, numa perspectiva de melhor conveniência futura.”¹⁵⁰

“A alegação de nulidade processual após mais de um ano do julgamento desfavorável caracteriza a preclusão temporal, impedindo o conhecimento do vício, conforme entendimento pacífico sobre a necessidade de alegação oportuna de nulidades processuais, sob pena de configurar nulidade de algibeira. (...) A nulidade processual deve ser arguida na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, não sendo admitida a alegação tardia após a ciência de decisão desfavorável.”¹⁵¹

“A alegação de nulidade por suposta incompetência suscitada apenas após o trânsito em julgado da condenação do paciente, ganha relevos de nulidade de algibeira ou de bolso, considerada manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo STJ inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta.”¹⁵²

“Este STJ não admite a suscitação de nulidades de algibeira - aquelas que, podendo ser apontadas de imediato, são indicadas pela parte somente após o proferimento de decisão contrária a seus interesses, em ofensa a boa-fé objetiva.”¹⁵³

“A jurisprudência dos Tribunais Superiores não tolera a referida nulidade de algibeira - eiva esta que, podendo ser sanada pela insurgência imediata da defesa após ciência do vício, não é alegada como estratégia, numa perspectiva de melhor conveniência futura. Observe-se que tal atitude não encontra ressonância no sistema

¹⁵⁰ AgRg no HC n. 892.974/MS, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 16/10/2024, DJe de 22/10/2024.

¹⁵¹ AgRg no HC n. 922.433/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 11/10/2024.

¹⁵² AgRg no HC n. 674.294/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 11/3/2022.

¹⁵³ AgRg no AREsp n. 2.517.762/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 11/6/2024.

jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais.”¹⁵⁴

Destarte, nota-se que há a consolidação na jurisprudência do STJ de mais um expediente aplicado para obstaculizar a decretação de nulidades, inclusive as de caráter absoluto.

Em diversos acórdãos, a motivação utilizada para aplicar a teoria da “nulidade de bolso” conecta esta expressão aos princípios da boa-fé objetiva ou boa-fé processual, originários, respectivamente, do direito civil (art. 422, CC) e do processo civil (art. 5º, CPC). A utilização desses princípios atesta que essa nova modalidade de sanatória, desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal da Cidadania, é mais um elemento introduzido ao sistema de nulidades processuais penais, importado do processo civil. E, tendo em vista as suas raízes privatistas, o uso da “nulidade de algibeira” em precedentes dos Tribunais Superiores é alvo de críticas por parte de Ricardo Gloeckner, que afirma que representa a *“adoção de mais uma sanatória não prevista em lei, criando, com isso, um sistema “judicial” de invalidades, no qual a jurisprudência se encarrega de, a seu modo, construir decisões como bem entende.”* (GLOECKNER, 2017, p. 282)¹⁵⁵.

A utilização dessa sanatória acabou repercutindo também, recentemente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aparecendo em alguns dos seus acórdãos:

“A alegação de nulidade, após o esgotamento do trâmite processual, caracteriza-se como “nulidade de algibeira”. Portanto, “embora tenha o direito de alegar a nulidade, mantém-se inerte durante longo período, deixando para exercer seu direito somente no momento em que melhor lhe convier, acaba por renunciar tacitamente ao seu direito de alegá-la. (...). Nessa quadra, também se revela incompatível com o princípio da boa-fé processual o reconhecimento de nulidades em qualquer momento processual, sem a possibilidade de se declarar a preclusão” (ACO 847 AgR-segundo, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2019).”¹⁵⁶

¹⁵⁴ AgRg na RvCr n. 5.565/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, DJe de 29/11/2022.

¹⁵⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 282. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547214678/>. Acesso em: 26 out. 2024.

¹⁵⁶ Rcl 46835 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03-08-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021.

“Agravamento regimental em habeas corpus. Homicídio qualificado. Alegação tardia de nulidade. Invocação de alegada nulidade no julgamento da apelação após 2 (dois) anos da apreciação do recurso ministerial em que se anulou a primeira sessão do júri e após decorrido quase 1 (um) ano do segundo veredicto condenatório. Aplicação da teoria da nulidade de algibeira. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade ou de teratologia. Decisão agravada em harmonia com entendimento consolidado pela Suprema Corte. Reiteração dos argumentos expostos na inicial, os quais não infirmam os fundamentos da decisão agravada. Manutenção da decisão por seus próprios fundamentos. Agravamento ao qual se nega provimento.”¹⁵⁷

Assim, tem-se solidificada uma orientação rechaçando aquele dogma tradicionalmente sustentado na doutrina processual penal, de que *“Mesmo após o trânsito em julgado, pode ser alegada a existência de nulidade absoluta por meio de revisão criminal ou de habeas corpus.”* (DEZEM, 2021, p. 1259)¹⁵⁸. Hodiernamente, exige-se da parte, em regra, a alegação imediata do vício, independentemente da importância do ato para a regularidade processual ou da gravidade da violação, sob pena de preclusão da matéria. Mesmo as nulidades absolutas são sanáveis, consumando-se a convalidação pela preclusão temporal.

4.3 Decisões Conflitantes nos Tribunais Superiores

A confusão promovida pelo Código de Processo Penal ao tratar do tema das nulidades, aliada às construções jurisprudenciais realizadas sem amparo legal, com base, muitas vezes, em princípios extraídos de outros ramos do direito, abrem margem para o casuísmo e, por conseguinte, para o proferimento de decisões conflitantes, sacrificando o primado da segurança jurídica.

Há dois casos que chamam a atenção nesse sentido, no que se refere à posição adotada pelos Ministros em seus respectivos votos.

O primeiro diz respeito ao voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz no julgamento pelo STJ dos REsp's n. 1.933.759/PR e 1.946.472/PR, julgados sob o rito dos recursos repetitivos (Tema Repetitivo n. 1114), no ano de 2023. Na ocasião, fixou-se a seguinte tese:

¹⁵⁷ HC 225151 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 02-05-2023 PUBLIC 03-05-2023.

¹⁵⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1259.

“O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.” (Tema 1114/STJ)

Na ocasião, divergindo em parte da tese que restou vencedora, o Ministro Schietti apresentou voto-vogal sustentando que a decretação de nulidade por inversão da ordem do interrogatório não exigiria a demonstração do prejuízo sofrido pela parte, sendo este presumido. Defendeu também que, nessa hipótese, compete ao magistrado ou membro do Ministério Público, caso tenham interesse na manutenção da eficácia do ato, demonstrarem que este não acarretou qualquer prejuízo ao réu. Segue um trecho do seu voto:

“Sugiro, nessa perspectiva, que, em vez de se exigir da defesa a demonstração do prejuízo ou, em sentido diametralmente oposto, de se presumir, de forma absoluta, a ocorrência dele pelo mero fato de ter havido condenação, ele deve ser presumido de forma relativa. É dizer, cabe a quem deseja se valer do ato realizado em desacordo com a forma legal (o órgão de acusação ou o julgador) o ônus de demonstrar, argumentativamente, que, a despeito da realização do interrogatório antes de oitiva da testemunha deprecada, isso não acarretou prejuízo concreto ao réu.”¹⁵⁹

Para o Ministro, no caso específico dessa atipicidade discutida no julgamento do recurso repetitivo, a condenação do acusado geraria uma presunção relativa do prejuízo, que poderia ser afastada por quem tivesse interesse na subsistência do ato. Considerou que a determinação legal que prevê o interrogatório como último ato da instrução criminal consubstancia forma que tutela o conteúdo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ao garantir o direito à autodefesa do réu.

O posicionamento colide com diversos outros precedentes de relatoria do mesmo Ministro, em que este reforça que, para a decretação de nulidades absolutas, deve a parte se desincumbir de seu dever de comprovar o prejuízo efetivo sofrido, diante da inobservância do modelo legal. Exemplificativamente, o Ministro Rogerio Schietti defendeu em julgamento recente que *“A orientação jurisprudencial desta Corte Superior é de ser necessária a demonstração de **prejuízo concreto**, para que seja declarada a nulidade de qualquer ato processual, inclusive aquelas tidas como de*

¹⁵⁹ REsp n. 1.946.472/PR, voto-vogal do Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 25/9/2023. p. 54-55 (Inteiro Teor do Acórdão).

natureza absoluta.¹⁶⁰ (grifo nosso).

O segundo exemplo concreto que merece destaque diz respeito ao julgamento do agravo regimental no Habeas Corpus 193.726, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no ano de 2021. A matéria tratada no referido remédio constitucional diz com a nulidade decorrente de incompetência territorial.

O Ministro Gilmar Mendes, ao apresentar complementação ao seu voto no julgamento em comento, fez um exame minucioso sobre a disciplina das nulidades no processo penal. Sustentou, de início, que a competência territorial é matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio*. Prosseguiu sua análise criticando a transposição, para a seara criminal, da teoria das nulidades do processo civil. Com base nisso, manifestou descontentamento com a utilização do brocardo *pas de nullité sans grief* no processo penal, conforme excerto extraído da complementação de seu voto:

“Além disso, também refuto a assertiva de que a declaração de nulidade dos atos praticados pela autoridade reconhecida independente dependeria de uma demonstração individualiza de prejuízo processual, sob o pálido do brocardo do pas de nullite sans grief.

Como muito bem destacado mais uma vez na doutrina de AURY LOPES JR.: “muitos são os julgados em que se invoca o pomposo (mas inadequado ao processo penal) pas de nullite sans grief, desprezando-se que a violação da forma processual implica grave lesão ao princípio constitucional que ela tutela, constituindo um defeito processual insanável (ou uma nulidade absoluta, se preferirem) ”. (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15ed, 2018. p. 943).”¹⁶¹

Outrossim, o Ministro Gilmar Mendes afirmou, em seu voto, que a mera prolação de sentença condenatória, na hipótese de nulidade por incompetência territorial, consubstanciaria elemento apto a comprovar o prejuízo.

Sem embargo, esse posicionamento diverge de diversos outros julgados relatados pelo mesmo Ministro, que sustenta, a título de exemplo, que:

*“Nos termos do art. 563 do CPP, o reconhecimento de nulidade processual depende da comprovação do efetivo prejuízo à defesa do réu (“**pas de nullité sans grief**”), não servindo a condenação como*

¹⁶⁰ AgRg no AREsp n. 2.585.879/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/9/2024, DJe de 6/9/2024.

¹⁶¹ HC 193726 AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2021 PUBLIC 01-09-2021. p. 188 (Inteiro Teor do Acórdão).

*prova do prejuízo, sendo imprescindível a demonstração do nexo causal entre a suposta nulidade e o resultado processual desfavorável.*¹⁶² (grifo nosso)

Além disso, o Ministro também externou perspectiva crítica no que concerne à aplicação da ideia de preclusão ao processo penal, principalmente nas situações envolvendo defeitos processuais mais graves e concretizadores de relevantes violações a garantias constitucionais, como a garantia da ampla defesa e a concretização do juiz natural:

*“Daí porque, a própria ideia de preclusão tem sido problematizada no direito processual penal a partir de construções doutrinárias contemporâneas. Ao se envolver uma violação de direito fundamental, torna-se altamente questionável a tese de que nulidades por violação a direitos fundamentais possam ser convalidadas em razão da preclusão (GLOECKNER, Ricardo. Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2010. p. 453-460)”*¹⁶³

Há, no entanto, precedentes também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, adotando visão radicalmente oposta a essa, em que defende que *“Não é dado à defesa suscitar nulidade, absoluta ou relativa, a qualquer tempo. Preclusão.”*¹⁶⁴.

Essa conjuntura vivenciada na jurisprudência, em especial dos Tribunais Superiores, denota um cenário de insegurança jurídica, em que estes elegem as formas que entendem merecedoras de maior proteção, sob a justificativa genérica de configurarem matérias de interesse público. É o que sustenta Guilherme Madeira Dezem, ao abordar a distinção entre nulidades absolutas e relativas no âmbito do Poder Judiciário: *“Esta distinção passa, no mais das vezes, por escolha arbitrária do próprio Poder Judiciário, ante a falta de balizas claras que delimitem o que seja o interesse público e o que seja o interesse particular.”* (DEZEM, 2021, p. 1260)¹⁶⁵.

¹⁶² HC 228112 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21-11-2023 PUBLIC 22-11-2023.

¹⁶³ HC 193726 AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-08-2021 PUBLIC 01-09-2021. p. 188 (Inteiro Teor do Acórdão).

¹⁶⁴ RHC 235029 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-09-2024 PUBLIC 09-09-2024.

¹⁶⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1260.

5 Conclusão

A partir da análise feita acerca de um dos temas mais controversos em matéria processual penal, observa-se ainda uma adoção pela doutrina majoritária de uma divisão das nulidades em absolutas e relativas, entendidas as primeiras como dotadas de prejuízo presumido ou evidente, bem como insuscetíveis de convalidação.

Todavia, esse posicionamento hoje não encontra ressonância na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que erigiu uma jurisprudência defensiva nessa matéria, exigindo a demonstração do prejuízo, como regra, para o reconhecimento de qualquer vício processual, sujeitando, ademais, até mesmo as nulidades de natureza absoluta à preclusão temporal, caso não apontadas, de preferência, na primeira oportunidade que a parte possui de se manifestar nos autos.

Grande parte das decisões do STF e do STJ que abordam o assunto em análise fazem uso do brocardo *pas de nullité sans grief*, oriundo do processo civil francês. A utilização deste princípio, segundo Ricardo Gloeckner, acaba: “*se tornando um dos pilares fundamentais da já denunciada casuística implementada pelos tribunais, sem falar que a sua abstração e generalidade permitem as mais mirabolantes e fantasiosas limitações aos direitos do acusado.*” (GLOECKNER, 2017, p. 182)¹⁶⁶.

Não só o aspecto atinente ao prejuízo, como também a própria questão da possibilidade de saneamento das nulidades é tratada sob um viés eminentemente civilista, com a aplicação de princípios como a boa-fé e lealdade processuais, transformando as formas processuais em regras sujeitas à disponibilidade pelas partes, desconsiderando a premissa basilar de que, no processo penal, forma é garantia e limite de poder do Estado, e, nesta perspectiva, “*A proteção do réu é*

¹⁶⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 182. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547214678/>. Acesso em: 28 out. 2024.

pública, porque públicos são os direitos e as garantias constitucionais que o tutelam.” (LOPES JR., 2024, p. 1129)¹⁶⁷.

Por mais que tenha havido a construção das bases de um processo penal democrático e acusatória, por intermédio da consagração de direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, o que se vê na verdade é, cada vez mais, um processo de relativização das nulidades processuais penais pelos Tribunais, ignorando as particularidades da seara criminal, justificando-se tal posição com a utilização de princípios, como a instrumentalidade das formas, fortemente associados ao tratamento da matéria pelo processo civil. Nas palavras de Aury Lopes Jr.¹⁶⁸:

“O que não se pode mais admitir, frise-se, é que atos processuais sejam praticados com evidente violação de princípios constitucionais, sem a necessária repetição (com vistas ao restabelecimento do princípio violado), e os tribunais chancelem tais ilegalidades fazendo uma manipulação discursiva em torno de uma categoria do processo civil, inadequadamente importada para o processo penal.” (LOPES JR., 2024, p. 1128)

Dessa forma, identifica-se a construção de um entendimento jurisprudencial, não só desvinculado do sistema processual penal delineado pela Lei Maior, como também subversivo aos contornos que a doutrina majoritária deu, ao longo das décadas, a respeito do assunto. Por conseguinte, diante de uma orientação carente de respaldo jurídico, baseada em categorias próprias de outro ramo do direito, detentor este de princípios e regras que muito diferem das peculiaridades do processo criminal, o que se observa é a consolidação de um contexto propício ao decisionismo, em que, a depender do humor do julgador ou da repercussão do caso, pode aquele simplesmente ignorar o entendimento da Corte sobre a matéria e decretar, quando entender pertinente, a nulidade de ato, argumentando haver, na hipótese, prejuízo evidente, ou, em alguma outra situação concreta, ser o vício insanável, por ser matéria de ordem pública, não se sujeitando, portanto, à preclusão temporal. Contudo, e os outros casos, não merecem a mesma solução? Quais os critérios empregados para realizar este *distinguishing*?

¹⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1129. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>. Acesso em: 28 out. 2024.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 1128. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/>. Acesso em: 28 out. 2024.

O critério é, no mais das vezes, o arbítrio do magistrado. A utilização de critérios como o prejuízo abre margem para esse cenário de incerteza, como se vê no escólio de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*“À guisa de exemplo, veja-se o pas de nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo), inserto no art. 563, do CPP, onde prejuízo, em sendo um conceito 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 compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas.”*¹⁶⁹ (COUTINHO, 1998, p. 188)

O que torna a questão ainda mais grave é que esse decisionismo é experimentado com grande força na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que possuem como dever uniformizar a interpretação judicial das matérias de índole constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ), em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A bem da verdade, o posicionamento manifestado pelos Tribunais Superiores nada mais é do que um reflexo das raízes inquisitoriais do Código de Processo Penal, fortemente inspirado no Código Rocco italiano, que confere tratamento autoritário ao tema das invalidades processuais, demonstrando, em sua Exposição de Motivos, uma aversão às formas no processo penal, reduzindo-as a meros obstáculos à real finalidade do processo, que seria a busca da chamada verdade substancial.

A melhor solução para esse dilema é a elaboração de um novo Código de Processo Penal, compatível com a Constituição Federal de 1988, e a gama de direitos e garantias fundamentais por esta positivados, com vistas a estabelecer o amparo constitucional necessário à consolidação de um processo penal democrático. Faz-se necessária a instituição de nova sistematização legal das nulidades do processo penal, de forma a recusar, de início, a *“Teoria Geral do Processo e assimilar o necessário respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal.”* (LOPES JR., 2024, p. 45)¹⁷⁰, e, com base nestas premissas essenciais, robustecer a proteção às

¹⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S. l.], v. 30, 1998. p. 188. DOI: 10.5380/rfdufr.v30i0.1892. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 28 out. 2024.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. p. 45. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620494/>. Acesso em: 28 out. 2024.

formas processuais de modo a conferir máxima eficácia ao sistema de garantias da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed., São Paulo: Ed. RT, 2018.

BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. 1. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: MOSSN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada*. 3. ed. Barueri: Manole, 2013. E-book. ISBN 9788520444702. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520444702/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 2999/RJ. Relator: Anselmo Santiago, Relator para o acórdão: Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 10 abr. 1995. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199400330910&dt_publicacao=10/04/1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 37089/SP. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Diário de Justiça, Brasília, 16 nov. 2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401044510&dt_publicacao=16/11/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 114536/SP. Relatora: Laurita Vaz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 mai. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801917717&dt_publicacao=24/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 117952/PB. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 28 jun. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802227133&dt_publicacao=28/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 207153/ES. Relator: Gurgel de Faria. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 26 mai. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101129414&dt_publicacao=26/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1174858/SP. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 mar. 2016. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000037611&dt_publicacao=17/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 214292/GO. Relator: Joel Ilan Paciornik. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 27 set. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101740690&dt_publicacao=27/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 401942/SP. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 05 abr. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701286613&dt_publicacao=05/04/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2451366/RO. Relator: Joel Ilan Paciornik. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 03 out. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300732049&dt_publicacao=03/10/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179495/DF. Relatora: Daniela Teixeira. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 jun. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301226339&dt_publicacao=24/06/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 629.890/RS. Relator: Antonio Saldanha Palheiro. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 30 ago. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003178347&dt_publicacao=30/08/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 150235/SC. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 21 fev. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102153286&dt_publicacao=21/02/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2192337/ES. Relator: Joel Ilan Paciornik. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 15 ago. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202609008&dt_publicacao=15/08/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 674475/PR. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 18 abr. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101881611&dt_publicacao=18/04/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 129748/SP. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900339035&dt_publicacao=11/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1794907/RS. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 21 set. 2022. Disponível

em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900366807&dt_publicacao=21/09/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2062459/RS. Relator: Rogerio Schietti Cruz, Relator para o acórdão: Antonio Saldanha Palheiro. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 set. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301148270&dt_publicacao=22/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 242378/PE. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 25 nov. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200979874&dt_publicacao=25/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1511544/MG. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 06 nov. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500263611&dt_publicacao=06/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1439866/MG. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 06 mai. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300384270&dt_publicacao=06/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 43130/MT. Relator: Nefi Cordeiro. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 16 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303962302&dt_publicacao=16/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 779283/SC. Relatora: Daniela Teixeira. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 02 out. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203358884&dt_publicacao=02/10/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 863837/PR. Relator: Ribeiro Dantas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 12 set. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303863030&dt_publicacao=12/09/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 695519/SP. Relator: Antonio Saldanha Palheiro. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 26 abr. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103046890&dt_publicacao=26/04/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 760300/SP. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 02 mai. 2024. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202371470&dt_publicacao=02/05/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 525677/PR. Relator: Ribeiro Dantas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 01 ago. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401238131&dt_publicacao=01/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 746715/SE. Relatora: Laurita Vaz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 26 mai. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201685171&dt_publicacao=26/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 756885/RJ. Relator: Humberto Gomes de Barros. Diário de Justiça, Brasília, 17 set. 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500757742&dt_publicacao=17/09/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1163251/RS. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702331327&dt_publicacao=13/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 892974/MS. Relator: Og Fernandes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 out. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400557450&dt_publicacao=22/10/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 922433/MG. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 out. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202402196206&dt_publicacao=11/10/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 674294/PR. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 mar. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101872802&dt_publicacao=11/03/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2517762/GO. Relator: Ribeiro Dantas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 jun. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304322707&dt_publicacao=11/06/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Revisão Criminal 5565/RS. Relator: Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 29 nov. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100093341&dt_publicacao=29/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1933759/PR. Relator: Messod Azulay Neto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 25 set. 2023. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101163670&dt_publicacao=25/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1946472/PR. Relator: Messod Azulay Neto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 25 set. 2023. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102008842&dt_publicacao=25/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2585879/SP. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 06 set. 2024. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400789200&dt_publicacao=06/09/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 195722/PA. Relator: Ribeiro Dantas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 30 ago. 2024. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401013011&dt_publicacao=30/08/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 837406/SP. Relator: Ribeiro Dantas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 05 out. 2023. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302388670&dt_publicacao=05/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 42274/DF. Relator: Victor Nunes.

Diário de Justiça, Brasília, 11 ago. 1965. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=58278>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 56672/RS. Relator: Antonio Neder. Diário de Justiça, Brasília, 06 abr. 1979. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=65868>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 108485/SP. Relator: Celio Borja. Diário de Justiça, Brasília, 30 out. 1987. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=199815>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 14173/SP. Relator: Orozimbo Nonato. Diário de Justiça, Brasília, 19 out. 1950. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=117475>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 69385/ES. Relator: Marco Aurélio, Redator do acórdão: Carlos Velloso. Diário de Justiça, Brasília, 04 dez. 1992. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71692>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 76567/RJ. Relator: Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 22 mai. 1998. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76764>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81510/PR. Relator: Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 12 abr. 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78778>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 85155/SP. Relatora: Ellen Gracie. Diário de Justiça, Brasília, 15 abr. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358711>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 242919/SC. Relator: Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 set. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780z279323>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 115114/PR. Relator: Cristiano Zanin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 dez. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773507112>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 169145/SP. Relator: Nunes Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755573931>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1507006/PR. Relatora: Cármen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 set. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780641725>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 245936/GO. Relator: Flávio Dino. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 out. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=781171884>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Revisão Criminal 5532/BA. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771965814>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 243717/BA. Relator: Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 set. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779719674>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 242798/AM. Relator: Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 set. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779719639>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 240382/DF. Relator: Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 jun. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777490370>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 238579/SP. Relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14 jun. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777637640>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 244255/SP. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 set. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779848354>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 92569/MS. Relator: Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 abr. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523361>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 92958/SP. Relator: Joaquim Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 mai. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524395>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103094/SP. Relator: Ayres Britto. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 fev. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1718066>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 208338/SP. Relator: Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 jun. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761645888>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 235029/SP. Relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 set. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780009715>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 237602/MG. Relator: Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 out. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780971540>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 46835/RJ. Relator: Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756737166>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 225151/SP. Relator: Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 mai. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767348447>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 193726/PR. Relator: Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 set. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757078352>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 228112/PR. Relator: Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 nov. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772805336>.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. ISBN 9788553620821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620821/>.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S. l.], v. 30, 1998. p. 188. DOI: 10.5380/rfdufpr.v30i0.1892. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES; Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA. *Cour de cassation - Chambre criminelle (Formation restreinte)*. Président: M. Nicolas Bonnal. *Pourvoi* n° 23-84.957. 16 jan. 2024. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/decision/65a8cf29e12c85000874ad8d?search_api_fulltext=%22Hors%20les%20cas%20de%20nullit%C3%A9%20d%27ordre%20public%22&op=Para%20pesquisar&date_du=&date_au=&judilibre_jurisdiction=all&previousdecisionpage=0&previousdecisionindex=0&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=2.

FRANÇA. *Code de procédure civile*, de 24 de abril 1806. *Edition de l'imprimerie ordinaire du Corps législatif*. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5772912j#>.

FRANÇA. *Code de procédure civile*, de 09 de dezembro de 1975. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/.

FRANÇA. *Code de procédure pénale*, de 08 abril 1958. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>.

_____. *Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal*. Revista Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal/>.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 2.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 30. ed. Barueri: Atlas, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>.

ROSA, Inocencio Borges da. *Nulidades no processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935.

SCHMIDT, Ana Sofia. *Resolução 05/02: Interrogatório on-line*. Boletim do IBCCrim, n. 120, novembro/2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 3*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZACLIS, Daniel. *A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do "pas de nullité sans grief" no âmbito do processo penal brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-143036.