

**UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL**

**JULIANE TEREINTO AGOSTINI**

**O RECONHECIMENTO DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E AS  
PRINCIPAIS INTERCORRÊNCIAS JURIDICO-SOCIAIS**

Três Passos (RS)  
2015

**JULIANE TERE BINTO AGOSTINI**

**O RECONHECIMENTO DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS E AS  
PRINCIPAIS INTERCORRÊNCIAS JURIDICO-SOCIAIS**

Monografia final do Curso de Graduação em  
Direito objetivando a aprovação no  
componente curricular Monografia.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste  
do Estado do Rio Grande do Sul.

DECJS – Departamento de Ciências Jurídicas e  
Sociais

Orientador (a): MSc. Dheimy Quelem Waltrich

Três Passos (RS)  
2015

*Para minha mãe e meu pai que conseguiram estudar  
só até a 4ª série.*

*Agradeço,*

*A Deus pela vida e esperança.*

*A minha orientadora Dhieimy pela  
atenção e disponibilidade.*

*As minhas filhas e meu marido por serem  
a luz dos meus dias, minha melhor parte!*

*Muito obrigada!*

*“É melhor ficarem impunes muitos culpados do que ser condenado um único inocente.”*

Berryer

## **RESUMO**

A presente pesquisa monográfica discorre sobre o reconhecimento das nulidades processuais e suas principais intercorrências jurídico-sociais. Aponta os principais conceitos doutrinários utilizados para a classificação das nulidades, os princípios balizadores, as formas processuais ensejadoras de nulidades e os sistemas que fundamentam o seu reconhecimento no decorrer do processo penal. Considera sobre as principais linhas de defesa quanto à extensão de aplicação do instituto jurídico das nulidades. Objetiva as possibilidades de nulidades no Tribunal do Júri com alguns casos práticos de nulidades reconhecidas e outros onde não foram acolhidas. Analisa sucintamente como o sistema de nulidades processuais influencia a efetividade da prestação jurisdicional, em relação ao tramite processual e na apreciação do mérito da ação penal no rito especial do Júri.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Nulidades. Defesas. Rito Especial do Júri.

## **ABSTRACT**

This monographic research discusses the recognition of procedural irregularities and the main legal and social complications. Points out the major doctrinal concepts used for the classification of nullity, the benchmarks principles, ensejadoras procedural forms of nonentities and the systems that support their recognition in the course of criminal proceedings. Considers on the main lines of defense on the application of extension of the legal institution of nonentities. Objective nothings possibilities in the jury with some case studies of recognized nonentities and others which were not accepted. Analyzes briefly as the procedural irregularities system influences the effectiveness of adjudication in relation to procedural tramite and in assessing the merits of the prosecution in the Special Jury rite.

Keywords: Criminal Procedural Law. Nullities. Defenses. Special Jury rite.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1 1 O SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS.....</b>	<b>11</b>
1.1 Nulidades processuais, processo, forma e procedimento.....	11
1.2 Nulidades dos atos processuais e sua relevância.....	13
1.3 Sistemas das nulidades.....	14
1.4 Classificações das nulidades.....	17
1.5 Princípios norteadores do sistema de nulidades no processo penal.....	20
1.5.1 Princípio do prejuízo ou instrumentalidade das formas.....	21
1.5.2 Princípio da causalidade.....	22
1.5.3 Princípio do interesse.....	23
1.5.4 Princípio da convalidação.....	24
1.6 Nulidades em espécie.....	25
<b>2 2 TEORIAS PARA A APLICAÇÃO DAS NULIDADES PROCESSUAIS.....</b>	<b>28</b>
2.1 Sistema de nulidades como garantia constitucional.....	28
2.2 Sistema de nulidades como amparo para a prestação jurisdicional.....	36
<b>3 AS NULIDADES NO PROCEDIMENTO ESPECIAL- JÚRI.....</b>	<b>42</b>
3.1 Rito especial do júri.....	42
3.2 As nulidades no procedimento especial-júri – alguns casos práticos.....	47
3.3 Implicações jurídico-sociais decorrentes das nulidades.....	58
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>66</b>



## INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende ponderar sobre o sistema jurídico das nulidades processuais penais em relação à prestação jurisdicional. Sendo a jurisdição realizada através do instrumento processual denominado processo, que por sua vez será concretizado através do transcorrer de um procedimento, o qual deverá obedecer às formas estabelecidas pela lei. Quando o ato legal do procedimento apresentar um vício ou defeito na forma estabelecida, essa falha ou imperfeição pode tornar ineficaz o processo, em parte ou no todo. A nulidade é declarada quando reconhecido o ato irregular em relação à forma estipulada legalmente, e por isso é aplicada uma sanção, que pode considerar o ato nulo e todos os seus efeitos, por consequência, desconstituídos. Destarte.

Realiza uma breve análise sobre quais são as principais alegações acerca do entendimento do que são as nulidades processuais, sua aplicação no caso concreto e as intercorrências advindas do seu reconhecimento na área jurídica e social em relação à prestação jurisdicional e a finalidade processual penal.

Discorre sobre os conceitos genéricos e questões teóricas que versam sobre o sistema das nulidades, sua classificação, base principiológica, a relevância do reconhecimento de uma nulidade, bem como a distribuição desse instituto jurídico no ordenamento do Código de Processo Penal e no procedimento especial do Júri.

Aponta o debate doutrinário que envolve a aplicação desse importante sistema jurídico que sofre na prática constantes abalos em face das variadas interpretações de seus objetivos e carga teleológica.

Alcança situações práticas previstas legalmente e geradas pelas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Os casos apontam para nulidades reconhecidas e outras vezes não acolhidas em situações semelhantes que envolvem crimes dolosos contra vida julgados no rito especial do Júri.

Por fim, apresenta algumas considerações acerca dos acórdãos trazidos como exemplos. Arrazoa sobre as duas principais veias de entendimento, à extensão, as consequências e os propósitos do sistema das nulidades, bem como, as intercorrências jurídico-sociais que geram o reconhecimento ou não das nulidades processuais penais no ordenamento e no meio social.

## **1 O SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS**

As nulidades processuais é um instituto jurídico muito importante para todo o tramite processual haja vista a repercussão do seu decreto para todos os operadores do processo, principalmente as partes. A nulidade é uma das formas de conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento porque a não observância do devido procedimento pode acarretar prejuízos consideráveis com consequências injustas às partes. Em razão disso, a aplicação do sistema de nulidades deve ser realizada de forma responsável, observado o contexto das normas constitucionais e infraconstitucionais.

É através dessa ferramenta que se corrige ou interrompe arbitrariedades, tanto do Estado quanto dos operadores do direito que muitas vezes desvirtuam o devido processo legal, bem como se objetiva garantir um processo penal com formas legais para um procedimento seguro e com a devida lisura.

### **1.1 Nulidades processuais, processo, forma e procedimento**

A prestação jurisdicional é realizada através do instrumento processual denominado processo, que por sua vez será realizado através de um procedimento, o qual deverá obedecer às formas estabelecidas pela lei. Quando o ato legal do procedimento apresentar um vício ou defeito na forma estabelecida, essa falha ou imperfeição pode tornar ineficaz o processo, no todo ou em parte. A nulidade é declarada quando reconhecido o ato irregular em relação à forma estipulada legalmente, e por isso é aplicada uma sanção, que pode considerar o ato nulo e todos os seus efeitos, por consequência, desconstituídos.

Vale apresentar alguns entendimentos doutrinários sobre a forma do procedimento com intuito de mensurar todo o contexto em que está inserida a nulidade processual, porque como define objetivamente Nucci (2012, p. 959) a nulidade processual é: “o vício que impregna determinado ato processual, praticado sem observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e conseqüente renovação do ato.”

Teorizam Grinover, Guimarães e Scarance (2011, p. 19) que "a tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais." Ao contrário disso, essa atividade processual também "é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm."

O doutrinador Oliveira C. (2006, p. 8 apud SANTOS, 2007, p. 37-38) conceitua forma em sentido amplo:

A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. [...] não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Importa mencionar as pioneiras lições de Gonçalves (1993, p. 32 apud SANTOS, 2007, p. 36) de que:

[...] a forma, em seu sentido estrito, é o revestimento externo do ato, sua feição exterior, os limites exteriores que o individualizam. É o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos.

E segue o autor, na mesma linha com uma abordagem mais ampla, a "forma do ato pode ser referida ao seu modelo legal e assim se constituir de todos os elementos que a lei exige para o reconhecer como um ato regular."

Por conta disso, os participantes da relação processual devem pautar seu comportamento segundo a forma legal do procedimento, que teve os traços definidos pelo legislador. A observação e o respeito às formas são necessários para que a atividade processual não se perca em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação para um provimento legal justo.

Esse modelo a ser observado para a prática dos atos processuais estipulou "exigências técnicas regras legais e subordinou a eficácia e validade à observância dos requisitos de forma." (KOMATSU, 1991, p. 129 apud SANTOS, 2007, p. 35) Pois, somente os atos praticados em conformidade com o modelo legal serão considerados válidos perante o

ordenamento e aptos a produzirem os efeitos esperados. Para os que "não atendem os requisitos mínimos do modelo em conformidade com a lei, o legislador estabeleceu sanções, que variam segundo maior ou menor grau de desvio do tipo legal." (GRINOVER; MAGALHÃES E SCARANCE, 2011, p. 19).

Ressalta-se que existem formas no ordenamento consideradas inúteis, pois destituídas de qualquer finalidade, ainda resquícios de um formalismo ultrapassado, superado do direito processual. Grinover, Magalhães e Scaracene (2011, p. 19) apontam que as formas só devem ser respeitadas "na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade", ou seja, "conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento."

A matéria processual quanto ao procedimento exige especial atenção dos operadores do direito com relação às formas aplicáveis ao mesmo. A forma adequada de elaborar os atos deve ser observada cuidadosamente, sob pena de a desatenção implicar na perda de oportunidades únicas para o pleno exercício da defesa dos direitos e interesses das partes envolvidas na lide.

Nesse viés o direito processual penal é um conjunto de formas estabelecidas anteriormente pelo legislador no ordenamento jurídico. É mediante e com respeito a elas que o processo consubstancia um percurso com início, meio e um juízo final. O reconhecimento de uma nulidade em algum momento desse trajeto ocasiona alterações, intercorrências, que podem ser de simples ou de significativa mudança no transcorrer processual. Por isso a relevância de aprofundar-se o tema.

## **1.2 Nulidades dos atos processuais e sua relevância**

O legislador, com a finalidade de evitar que as providências processuais se desvirtuassem com a prática de atos inúteis e omissos, com intuito de desviar, dificultar a busca da verdade através da reconstrução histórica do fato criminoso, "previu a necessidade de observância de modelos legais. A sanção pelo desatendimento desse modelo recebe o nome de nulidade." (REIS; GONÇALVES, 2009, p. 128-129).

"A nulidade pode ser do processo, do procedimento, de um ato processual ou de parte deste." (TOVO, 1988, p. 23) Segue específica a explicação do autor que menciona ser do processo, quando o vício atinge toda a atividade processual, desde o início. Do procedimento quando atinge somente parte da atividade processual. E do ato ou em parte dele, quando o vício detectado não atinge aos demais.

Como esclarecido por Grinover, Magalhães e Scarance (2011, p. 18) a nulidade não é a essência do ato irregular, mas a consequência dele, com outras palavras, "a declaração de nulidade seria assim, a consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática."

Wambier (2004, p. 197 apud SANTOS, 2007, p. 37) doutrinadora do direito processual, apresenta o sistema de nulidades como um sistema de controle que confere àquele a quem o ato afeta uma previsibilidade do que pode ocorrer e também a possibilidade de se insurgir, que fogem ao que foi previsto, afastando-se ou das condições que lhe foram impostas ou dos fins que deveriam alcançar, destruindo seus efeitos. Como complemento disso, Gonçalves (1993, p. 13 apud SANTOS, 2007, p. 37, grifo do autor) ressalta que "através da nulidade o direito intenta, justamente, restabelecer o *status quo ante*, diante da irregularidade do ato perante a norma, reparando sua violação."

Portanto, como afirmado por vários doutrinadores o processo penal possui uma natureza eminentemente instrumental, ou seja, existem procedimentos a serem seguidos, pois "tais procedimentos contemplam a realização de determinados atos, termos e solenidades [...] com vistas a garantir a plena aplicação do princípio do devido processo legal." (AVENA, 2009, p. 835). E a não observação desses procedimentos pode acarretar prejuízos consideráveis com consequências injustas para as partes, por isso a importância do instituto das nulidades e a necessidade de seu responsável reconhecimento.

### **1.3 Sistemas das nulidades**

Antes de adentrarmos na classificação específica das nulidades vale apresentar alguns dos diversos entendimentos sobre os sistemas que balizam a aplicação das nulidades aos atos com vício/defeito.

Para Avena (2009, p. 836, grifo do autor), no direito comparado são três os sistemas utilizados para o reconhecimento do ato viciado, a abordagem é sucinta e clara, conforme segue:

*Sistema formalista*: haverá a predominância do meio sobre o fim. Por este sistema, toda vez que o ato não for praticado da forma determinada em lei, estará irremediavelmente viciado, não importando se alcançou ou não seu objetivo.

*Sistema legalista*: nulos são apenas os atos que assim considerar a lei, expressamente.

*Sistema instrumental (instrumentalidade das formas)*: o fim do ato deve prevalecer sobre a forma como ele é praticado. É o sistema adotado no direito brasileiro, consoante se vê dos artigos 563 e 566 do CPP. Destarte, se o ato, ainda que desobediente à forma legal, alcançar seu objetivo, poderá ser validado.

Com outra nomenclatura e classificação, Mirabete (2005, p. 643, grifo do autor) apresenta a existência de dois sistemas doutrinários para a fixação do critério de apreciação das nulidades. O primeiro, “sistema formalista, da legalidade das formas ou a indeclinabilidade das formas, *forma dat esse rei*: a forma dá existência à coisa,” com isso, toda a violação as prescrições legais podem acarretar a “inviabilidade dos atos processuais, prevalecendo o meio sobre o fim.” O segundo sistema doutrinário, por sua vez, é o da “instrumentalidade das formas, ou sistema teleológico, da prevalência do fundo sobre a forma, o ato processual é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem a forma legal.”

Ainda sobre o sistema das nulidades podemos citar os conceitos trazidos pela doutrina do teórico Rangel (2012, p. 919-920), as nomenclaturas dão conta de serem classificados como: "certeza legal, instrumentalidade das formas e misto." O sistema da certeza legal "é aquele em que o legislador, desconfiado do juiz, diz expressamente em quais casos haverá a aplicação da sanção de nulidade" sem discricionariedade para avaliar se o ato deve ser invalidado. O referido autor menciona que se trata de um "excessivo rigorismo formal", pois não há como prever todas as hipóteses que admitirão a sanção de nulidade. Continua que, no entanto, o juiz, no processo penal moderno, deixou de ser um expectador inerte, como estabelecia a sistema da certeza legal, para "incumbir-se de todas as diligências necessárias ao

esclarecimento da verdade", por isso deve tornar-se saneador de todas as irregularidades no decorrer do julgamento da causa.

Já o sistema da instrumentalidade das formas estabelece que a prática de determinado ato seja instrumental e não um fim em si mesmo. "A existência das formas tem a função de proteger algum interesse que deva ser perquirido antes de ser invalidado o ato." Para isso, "o juiz deve investigar se o ato que foi praticado em desconformidade com a lei atingiu o seu fim." Quando a resposta for positiva no sentido de que o "ato atípico influenciou em verdade substancial ou na decisão da causa" e trouxe prejuízo para uma das partes, declara-se nulo o ato, em conformidade com o artigo 566<sup>1</sup> do Código de Processo Penal, que legisla ser o juiz possuidor de liberdade para decidir e investigar se o ato atípico, viciado deve ser declarado inválido. (RANGEL, 2012, p. 920).

Por fim, Rangel (2012, p. 920) discorre sobre o sistema misto, segundo o referido autor, a doutrina entende ser esse o adotado pelo ordenamento brasileiro, por ser ele em parte como o sistema de certeza legal e em parte como o sistema da instrumentalidade das formas. A mescla de ambos autoriza "o juiz a perquirir a lei (se a mesma diz que o ato é inválido) e, ao mesmo tempo, investigar se o ato influenciou em verdade substancial ou da decisão da causa, bem como se do ato imperfeito resultou prejuízo para as partes."

No entanto, o mencionado autor afirma que:

o sistema hodierno é o da instrumentalidade das formas, porém há no CPP resquícios do sistema da certeza legal. Portanto, uma coisa são resquícios do sistema da certeza legal; outra bem diferente é adoção de sistema próprio: o da instrumentalidade das formas (RANGEL, 2012, p. 920).

Nesse sentido o sistema formalista é rígido quanto à tipicidade da forma, para este, toda violação a prescrição legal acarreta a inviabilidade dos atos processuais. O sistema instrumentalista é mais flexível, procura avaliar o caso concreto, e a valoração está voltada para a finalidade do ato.

---

<sup>1</sup> "Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa." (BRASIL, 2015).



Após a sucinta exposição de algumas teorias que envolvem os sistemas norteadores das nulidades processuais do Processo Penal prossegue-se com análise de sua classificação doutrinária.

#### **1.4 Classificações das nulidades**

Para a doutrina clássica as nulidades distribuem-se pelo duo: nulidade absoluta e nulidade relativa das situações do artigo 564 do Código de Processo Penal. Atualmente podem até ser reconhecidas cinco ordens diferentes de atos defeituosos para os quais será possível a aplicação e o devido reconhecimento das nulidades, a saber: "inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade e irregularidade." (AVENA, 2009, p. 836).

Não obstante a mudança de nomenclatura o sentido é praticamente o mesmo que o utilizado no livro do doutrinador Nucci (2012, p. 958), para o qual as nulidades podem ser classificadas como atos inexistentes, atos absolutamente nulos, atos relativamente nulos e atos irregulares. A classificação do teórico Rangel (2012, p. 912-922) consiste em ato (juridicamente) inexistente, ato nulo e ato irregular e desses atos podem resultar nulidades relativas e absolutas.

Um ato é inexistente quando faltar carência de efeito, ou inexistência jurídica dos efeitos. Nessas irregularidades o vício é muito grave, pois decorre da violação de elementos constitutivos do ato jurídico processual, que "tem-se um não ato, uma aparência de ato". (AVENA, 2009, p. 837-843). São pressupostos processuais de existência do processo: jurisdição, capacidade postulatória, petição inicial, citação inicial. Enquanto as nulidades que dizem respeito aos requisitos de validade são: juízo competente, juiz imparcial, capacidade e legitimidade processual, petição inicial válida e citação válida. (ROMANO, [S.d.], p. 2).

Nos atos inexistentes não há necessidade de decretar a nulidade, pois não se declara nulo o que não existe. Segundo Rangel (2012, p. 913), o ato juridicamente inexistente não produz qualquer eficácia, portanto não necessita de decisão judicial declarando sua invalidade.

Já o ato absolutamente nulo/nulidade absoluta é aquele defeito que sofreu a sanção de nulidade, ou seja, é o estado do ato após o reconhecimento judicial da invalidade. Ocorre quando a atipicidade for "em relação a norma ou princípio processual de índole constitucional ou norma infraconstitucional garantidora de interesse público." (REIS; GONÇALVES, 2009, p. 128).

Este ato possui prejuízo presumido para o processo, quer dizer, "uma vez reconhecido o vício jamais poderá ser considerado válido e eficaz. Sendo insanável não está sujeito a preclusão." (AVENA, 2009, p. 838) Este autor segue na linha de que como ele não se convalida, não se exige a arguição pelas partes em momento certo e determinado para que ocorra o reconhecimento de sua existência, pode ser decretada *ex officio* pelo juiz e Tribunais no julgamento de recursos, exceto quando não arguida em recurso da acusação e não sendo caso de reexame necessário, importar em prejuízo ao réu, conforme Súmula 160<sup>2</sup> do STF, por força do princípio da *non reformatio in pejus*<sup>3</sup> (grifo nosso).

São exemplos de nulidade absoluta: as incompetências *ratione materiae* e *ratione personae* (grifo nosso), realização de interrogatório do réu sem a presença de advogado, ausência de intimação pessoal do defensor público ou do defensor constituído para a audiência ou sessão de julgamento. (AVENA, 2009, p. 839) Ainda, com a observação de Oliveira E. (2008, p. 669, apud ROMANO, [S.d.], p. 3) de que configuram vícios passíveis de nulidades absolutas as violações aos princípios fundamentais do processo penal como, no rol exemplificativo: contraditório, juiz natural, ampla defesa, imparcialidade do juiz e a existência de motivação dos atos judiciais.

Os atos relativamente nulos/nulidade relativa ocorrem nas hipóteses em que há violação de normas de interesse privado. O ato existe, contudo, sua validade e eficácia dependem da ocorrência de uma condição suspensiva para sanar/convalidar. Não há produção de efeitos até que o ato se convalide - condição suspensiva. (AVENA, 2009, p. 841).

---

<sup>2</sup> Súmula 160, STF: "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." (BRASIL, 2015).

<sup>3</sup> A reforma de decisão em sede de recurso ou de primeiro grau em que a nulidade absoluta não foi arguida pela acusação ou que recorreu somente a defesa, não poderá trazer mais prejuízo ao réu, a reforma da decisão não poderá ser mais gravosa.

Diverso do absolutamente nulo, para ser reconhecida a nulidade relativa deve o interessado fazer prova da ocorrência de prejuízo, além de arguir em momento oportuno, sob pena de convalidação pela preclusão. Cada procedimento tem um momento último para a arguição, conforme o art. 572 do CPP:

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. (BRASIL, 2015).

Outra diferença é que a nulidade relativa não pode ser declarada de ofício pelo juiz, isto é, o reconhecimento do vício sempre depende da arguição de uma das partes da relação processual (RANGEL, 2012, p. 921).

Segundo Mirabete (2005, p. 652), "quando o processo conduz à solução absolutória por insuficiência de provas, não se deve declarar a nulidade arguida pelo acusado, já que, na hipótese, haveria a possibilidade de *reformatio in pejus*." Pois, o juízo "absolutório, quando cabível, prefere à declaração de nulidade, em analogia ao artigo 249, §2º do Código de Processo Civil.<sup>4</sup>"

São exemplos de nulidades relativas: incompetência do juízo *ratione loci*, ausência de intimação do réu para a audiência de oitiva de testemunhas quando presente o seu advogado constituído, falta de intimação quanto à expedição de carta precatória. (AVENA, 2009, p. 841).

A anulabilidade mencionada na doutrina de Avena (2009, p. 843) possui vício similar à nulidade relativa, no entanto o ato é válido e eficaz até que seja anulado. A "prática do ato foi o erro quanto a situações existentes no plano fático." O ato permanece "até que ocorra uma condição resolutiva - gera efeitos até sua anulação, tornando-o então inválido e ineficaz."

---

<sup>4</sup> Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

[...]

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta. (BRASIL, 2015).

Pode-se constatar erro passível de anulabilidade quando erra o juiz quanto ao perito possuir curso superior, quanto a condição de testemunha de cônjuge do réu.

Para finalizar a classificação das nulidades, o ato irregular/irregularidade a doutrina conceitua como aquele que apresenta defeito, é o menor de todos os vícios. (RANGEL, 2012, p. 913) É o ato que mesmo em afronta a lei, atinge o fim pretendido pela norma. Este não sofre a declaração de nulidade permanecendo válido e eficaz, porque somente desatendeu meras exigências formais e atingiu seu escopo. As irregularidades possuem como exemplo, "a realização de alegações finais escritas em procedimento do rito comum sumário, denúncia sem rol de testemunhas, falta de pedido de citação ou condenação, deferimento de compromisso à testemunha impedida de prestá-lo." (AVENA, 2009, p. 842).

Conforme a maior parte da doutrina o reconhecimento de uma nulidade é uma sanção processual, que tem por escopo a prevenção para que não se realize um processo injusto, irregular e ilegal. Segundo Rangel (2012, p. 913) a natureza jurídica de uma nulidade é de uma sanção declarada pelo órgão jurisdicional diante da imperfeição da prática do ato.

Após o breve apontamento sobre as classificações das nulidades é fundamental discorrer sobre os princípios que balizam esse instituto jurídico, com consequências diretas no tramite processual.

### **1.5 Princípios norteadores do sistema de nulidades no processo penal**

Para balizar o instituto das nulidades processuais dispomos de alguns princípios que auxiliam na regulação dos imprevistos processuais, amparando o julgador e as partes acerca da aplicação do sistema de nulidades do Código de Processo Penal. A importância deles é fundamental visto que são como freios e contrapesos para a aplicação do direito. Os princípios a seguir elencados atuam conjunta e harmonicamente entre si, complementando-se no objetivo único de aplicar com segurança, a nulidade processual para oferecer um processo justo e sob os ditames da lei.

### ***1.5.1 Princípio do prejuízo ou princípio da instrumentalidade das formas***

Os doutrinadores classificam o princípio do prejuízo conforme o artigo 563 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que não há nulidade se não houver efetivo prejuízo à acusação ou defesa. Vem da doutrina francesa a nomenclatura *pas de nullité sans grief*, que expressa o mesmo sentido do referido princípio, por isso, outra gama de doutrinadores classificam esse princípio com o verbete de instrumentalidade das formas, ou seja, a tradução para a língua portuguesa da denominação francesa. (AVENA, 2009; GRINOVER, GUIMARÃES e SCARANCA, 2011; RANGEL, 2012).

Segundo Grinover, Magalhães e Scarance (2011, p. 28-29) esse princípio:

Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Para Avena (2009, p. 846-847) em se tratando de nulidade absoluta o prejuízo não precisa ser demonstrado, por ser presumível. Já nas nulidades relativas o prejuízo deverá ser provado pela parte que as invocar, "exigindo-se ainda que seja concreto ou, no mínimo, provável, não bastando que seja possível." E assegura, embora o prejuízo seja presumido nas nulidades absolutas, deve ser comprovado nas nulidades relativas, ambos necessitam ser fundamentados nas decisões judiciais.

Quanto à demonstração do prejuízo dizem Grinover, Magalhães e Scarance (2011, p. 28) "que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo porque nelas o mesmo costuma ser evidente." Como segue:

[...] alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois às presunções levam a inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a existência de dano estiver fora de dúvida [...], no entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.

No mesmo ponto específico diverge Rangel (2012, p. 915) ao afirmar que mesmo em nulidades de cunho absoluto deve ser observado o princípio do prejuízo, já que o processo não é um fim em si mesmo, *in verbis*:

Entendemos que o processo deve ser visto como instrumento de que se vale o Estado, através da manifestação das partes (ação e defesa), para se atingir a solução do caso penal, não sendo, portanto, um fim em si mesmo. Assim, se não obstante a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não se admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato. Os princípios da celeridade e da economia processual impedem que o processo seja renovado ou retificado diante de um ato imperfeito que não trouxe prejuízo para as partes.

Ao ser declarado o prejuízo há produção de efeitos, ou seja, o que causa o reconhecimento do prejuízo é o que passamos a discorrer a seguir com o princípio da causalidade.

### ***1.5.2 Princípio da causalidade***

O princípio da causalidade relaciona-se com os efeitos da decretação de nulidade, visto que os diversos atos que compõem o procedimento não tem existência isolada, mas sim constituem elos de uma cadeia lógica com nexos de causalidade que objetiva a preparação da sentença final. (GRINOVER; MAGALHÃES e SCARANCE, 2011, p. 29).

Se um ato processual que integra a cadeia é praticado em desconformidade com o que diz a lei, deve-se indagar se toda a cadeia ou apenas parte dela restou contaminada. "Assim, o princípio da contaminação significa a possibilidade de o defeito na prática do ato se estender aos atos que lhe são subsequentes e que dele dependam." (RANGEL, 2012, p. 917).

Em consonância o artigo 573 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.  
§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.  
§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende. (BRASIL, 2015).

Segundo o referido artigo a nulidade de um ato ocasiona a nulidade dos que forem consequência, isto é, decorrência do mesmo. A ausência ou invalidade de um determinado ato processual provoca sempre a indagação sobre a extensão da nulidade, a avaliação da extensão é verificada sob o prisma da "nulidade originária ou nulidade derivada", a nulidade originária é o primeiro ato viciado, nulidade derivada são os atos viciados por influência direta do primeiro. "Cabe ao juiz reconhecer a invalidade de determinado ato processual, verificar se a atipicidade não se propagou a outros atos do procedimento, relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos." (GRINOVER; MAGALHÃES; SCARANCA, 2011, p. 27-28).

Cabe ressaltar a advertência de que "quanto à existência ou não dessa relação de consequência ou decorrência é preciso verificar as peculiaridades do caso concreto e, sobretudo, a natureza do ato anulado e dos atos que lhe seguiram." Para ser devidamente aplicado o princípio da causalidade. (AVENA, 2009, p. 850).

### ***1.5.3 Princípio do interesse***

Este princípio está previsto expressamente no artigo 565, 2ª parte, do Código de Processo Penal: "[...] nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse."

A explicação desse dispositivo de base principiológica no argumento de Grinover, Magalhães e Scaranca (2011, p. 30) é de que através dele:

a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua consequente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade. [...] a disposição está relacionada às nulidades relativas, porquanto somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de arguição do interessado; nas absolutas, o vício atinge o próprio interesse público, razão pela qual deve ser reconhecido pelo juiz, independentemente de provocação.

Segue em complemento os referidos autores, que a lei também não reconhece o interesse de quem tenha dado causa à irregularidade. No mesmo sentido Avena (2009, p. 848)

assegura que “é proibido a arguição da nulidade por quem a ela deu causa ou concorreu”, e acrescenta que a vedação referida "alcança tanto as hipóteses em que estiver comprovada a má-fé, vale dizer, dolo da parte em produzir a nulidade, para depois dela beneficiar-se, como aquelas que obrou com culpa por negligência processual."

Ainda Rangel (2012, p. 918, grifo do autor) explica com precisão:

O princípio do interesse está subordinado ao princípio geral do direito de que *a ninguém é lícito se beneficiar da própria torpeza*, ou seja, se o defeito na prática do ato deve-se ao comportamento da própria parte que alega o vício, não há que se declarar nulo o ato, pois seria premiar aquele que agiu contrário à lei.

Esse princípio refere-se às nulidades relativas, visto que as nulidades absolutas podem ser reconhecidas de ofício, sem arguição da parte interessada.

Finda a sucinta análise do princípio do interesse inerente às nulidades processuais, será abordado o último princípio deste singelo estudo sobre o tema das nulidades que é o da convalidação do ato viciado.

#### ***1.5.4 Princípio da convalidação***

É um princípio com "aplicação específica para as nulidades relativas, ocorre quando a nulidade não é arguida em tempo oportuno, gerando, com isso, a preclusão da possibilidade para fazê-lo." (AVENA, 2009, p. 849) Em outras palavras, não obstante o ato ter sido praticado em desconformidade com a lei pode o mesmo ser convalidado, desde que as hipóteses previstas em lei estejam presentes, e o tempo para arguição tenha acabado, é a ação direta do "instituto da preclusão temporal, ou seja, a extinção da faculdade ou direito de agir." (RANGEL, 2012, p. 919).

Para Rangel (2012, p. 918) "o princípio da convalidação tem que ser visto em harmonia com os princípios da celeridade e economia processual, pois o processo é caminhar, avançar ir adiante" e não faria sentido declarar nulidade se a parte não tem interesse na alegação, ou ainda se o ato mesmo atípico atingiu seu fim, e também se a parte aceitou os efeitos do ato praticado em desconformidade com a lei.



O Código estabelece em seu artigo 572 o rol taxativo das hipóteses que se permite sanar:

As nulidades previstas no art. 564, III, **d e e**, segunda parte, **g e h**, e **IV**, **considerar-se-ão sanadas**:

I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Portanto, ao mesmo tempo em que o código prevê as hipóteses de sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, o mesmo ordenamento também estabelece meios pelos quais será possível aproveitar a atividade processual atípica, com intuito de aproveitar atos que não causaram prejuízo para uma busca célere e justa da resolução do conflito.

Com o esgotar da classificação dos princípios basilares do sistema de nulidades processual é de suma importância que se apresente o rol das nulidades, tema aqui nuclear, presente no Código de Processo Penal.

## 1.6 Nulidades em espécie

O Livro III – Das Nulidades e dos Recursos em Geral, Título I – Das Nulidades, no artigo 564, do Código de Processo Penal, estão descritos os seguintes casos de nulidade, *in verbis*:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

**f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;**

- g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;
  - h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;
  - i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;
  - j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;
  - k) os quesitos e as respectivas respostas;
  - l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;
  - m) a sentença;
  - n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;
  - o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;
  - p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;
- IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.
- Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.** (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Ainda cabe acrescentar os importantes artigos 474 e 478 do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei 11.689/08, que trazem em seus bojos específicas nulidades atinentes ao procedimento especial do Júri, como seguem:

- Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código.
- § 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.
- § 2º Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.
- § 3º **Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.** (BRASIL, 2015, grifo nosso).
- [...]
- Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, **fazer referências:**
- I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;**
  - II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.** (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Para fins didáticos e em obediência as instruções para objetividade e brevidade da disciplina que orienta/regulamenta esse trabalho, somente algumas das nulidades referentes, especificamente, ao procedimento especial do Tribunal do Júri serão aprofundadas adiante, quais sejam: a sentença de pronúncia, intimação das testemunhas de plenário; a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; a presença pelo menos de 15 jurados para abertura da sessão de julgamento; o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; os

quesitos e as respectivas respostas; a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; a sentença e as possíveis causas de nulidade a que referem os artigos 474 e 478 do Código de Processo Penal, bem como a Súmula Vinculante 11 e a de número 156, ambas do Supremo Tribunal Federal. Todas serão abordadas em um segundo momento, mais precisamente, no terceiro capítulo desta monografia.

Destarte, encerra-se este capítulo, que buscou enfatizar o sistema das nulidades processuais, a forma e o procedimento do processo, a relevância das nulidades para os atos processuais, a classificação doutrinária das nulidades, alguns dos mais importantes princípios que norteiam o instituto jurídico e, por fim, o rol das nulidades presentes no Código de Processo Penal, todos apontamentos igualmente importantes para o entendimento referente a efetiva prestação jurisdicional e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

## **2 TEORIAS PARA A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS**

Findo o capítulo que descreve a parte teórica conceitual sobre o instituto jurídico das nulidades sua classificação doutrinária, os princípios que a norteiam e a sua disposição no ordenamento jurídico, é hora de adentrarmos na discussão acerca das diferentes posições teóricas quanto à aplicação e o reconhecimento das nulidades.

De um lado temos os doutrinadores que defendem o reconhecimento absoluto das nulidades quando as formas do trâmite processual não forem realizadas à luz dos princípios constitucionais ou legais, e de outro temos os teóricos que protegem a relativização ao utilizar essa ferramenta jurídica, por entenderem que ela deve ser aplicada em consonância com a efetividade processual e o fim a que o processo se propõe, que é a concretização do direito material. O debate é longo entre os que defendem a plena e absoluta garantia processual constitucional para a total proteção do acusado e aqueles que buscam a concretização do Direito Penal através do Processo Penal, relativizando os vícios, para ver concretizada a essência da vontade do legislador, o sentido teleológico da lei com a aplicação da sanção penal pelo delito cometido, se for o caso.

Quanto mais observados os limites nas práticas dos atos processuais, mais vinculada estará ao sistema acusatório de garantias. Quanto mais vinculada a um aproveitamento de atos irregulares estará próxima da teoria dos que defendem que não há em nosso ordenamento um sistema acusatório puro, mas sim um sistema misto, que ainda guarda um certo caráter inquisitorial.

Em um ponto não há discussão, as duas linhas de posições são uníssonas na afirmação de que os princípios constitucionais devem nortear o Processo Penal. A questão de principal embate, principalmente no que se refere à matéria das nulidades é em relação ao tanto de supremacia das garantias constitucionais. A proposta que segue é abordar sobre as duas posições e suas principais alegações no ponto de conflito.

### **2.1 Sistema de nulidades como garantia constitucional**

O advento da Constituição Federal de 1988 inaugurou um marco na vida política social brasileira, que viu com a Carta Magna nascer várias garantias em seu bojo por força da construção de um Estado Democrático de Direito. O âmago dessas garantias baliza cada vez mais o Processo Penal. Dentre vários desses direitos podemos citar alguns, que são amplamente defendidos por doutrinadores, a saber: o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal, a publicidade dos atos processuais, a possibilidade de impugnar decisões com duplo grau de jurisdição, dentre outros. Com esse amparo Constitucional o réu cada vez mais é alçado a um sujeito titular de direitos e não mais como era outrora, um objeto da persecução penal, de forma mais acentuada, durante o tramite processual em sede da prestação jurisdicional.

Essas garantias constitucionais servem de baliza para a aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, também em específico, ao tema desse trabalho acadêmico que é o instituto das nulidades do processo penal, a disposição delas está entre os artigos 563 e 573 do Código de Processo Penal e são suscitadas por força do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que trás em seu bojo o princípio do devido processo legal.

Nesse diapasão, o Processo Penal precisa estar em conformidade com a Constituição Federal de 1998 e convencionado a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, por força de seu caráter supra legal, ou seja, está abaixo da Constituição Federal e acima das leis ordinárias, como o Código Penal e Código de Processo Penal. Isso porque, o Processo Penal é o caminho necessário para se chegar a uma decisão de mérito, condenatória ou absolutória. O Direito Penal não é auto executável, não tem realidade concreta, necessita desse caminho para ser efetivado. O caminho possui um conjunto de regras que requerem sejam respeitadas para se chegar a uma pena legítima. (LOPES JR., 2015, [S. p.]).

Como um dos institutos do Direito Processual Penal temos as nulidades processuais, que são falhas durante o caminho do processo penal, são imperfeições jurídicas que invalidam ou podem invalidar alguns dos atos processuais ou a totalidade do processo, quando decretada pelo órgão jurisdicional em relação ao ato praticado com inobservância das prescrições legais. Pode-se dizer que correspondem, então, a uma declaração de inidoneidade do ato processual o que gera efeitos relevantes para o processo.

Em relação às duas distintas esferas de defesas/observações teóricas apontadas nesse capítulo temos a veia garantista, os árduos defensores das garantias Constitucionais<sup>5</sup>, para eles em um Estado Democrático de Direito o seu sistema processual penal e a prestação jurisdicional devem primar por todas as garantias fundamentais do réu, porque, segundo esse entendimento, não se admite que as falhas processuais o prejudiquem. Rezam que são os princípios constitucionais que devem nortear impreterivelmente as normas penais e processuais para que haja o devido processo legal. O cerne da questão é garantir o devido processo legal, o que deixa em segundo plano a necessidade de chegar ao fim do processo com um julgamento. Para essa veia de defesa todo o trâmite processual deve ser em concordância e respeito à Constituição de forma absoluta.

Como já mencionado, a observação dos preceitos constitucionais para aplicar o processo penal é defendida por todos os doutrinadores, a discordância é quanto a possibilidade de flexibilização, de um lado temos os que defendem a aplicação total e absoluta das garantias, mesmo que o processo se resuma em um fim em si mesmo, e de outro giro temos os que justificam a relativização, segundo o caso concreto, para ver-se alcançar o fim processual e a efetivação do Direito Penal.

Com relação ao processo penal seguir sob a luz constitucional pode-se destacar os ensinamentos de Lopes Jr. (2011, p. 10):

[...] é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não o contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritivo para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

De forma a ampliar e contribuir com a discussão, ainda, na mesma direção Capez (2004, p. 13) assim afirma “o Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um direito penal democrático.”

---

<sup>5</sup> “[...] a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às várias formas de exercício de poder, particularmente odioso no direito penal.” (FERRAJOLI, 2002, p.7).

Não são necessárias maiores delongas quanto a necessidade de observação das garantias constitucionais quando da aplicação do Direito Processual Penal, durante todo o trâmite do processo e para todas as formas do procedimento estabelecidas em lei, esse entendimento é pacífico dentre os doutrinadores.

E quanto ao sistema de nulidades que está a serviço do processo como garantia de que a não observância a forma estabelecida legalmente irá culminar em uma sanção pode-se afirmar que requerem a mesma observação constitucional, assim como segue específica menção ao tema, do doutrinador Lopes Jr. (2010, v. 2., p. 423):

[...] não há como pensar-se um sistema de nulidade desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária. [...] O ponto nevrálgico nessa matéria é que nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta e à luz da principiologia constitucional.

No entanto, para os garantistas isso não basta. Além do amparo da Constituição ao Processo Penal em respeito a principiologia trazida na Carta Magna e mais objetivamente ao sistema de nulidades, afirmam que é preciso uma mudança na postura de atuação dos operadores do direito, com a real aplicação dessas garantias em todas as fases do processo, para assegurar que a forma seja respeitada em sua totalidade, sem discricionariedade, sob pena de não serem, efetivamente, aplicados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Para contribuir com a afirmação, Lopes Júnior (2010, v. 2., p. 426) manifesta que:

[...] no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido.

Para a defesa garantista a maior relevância nesse pleito, do sistema de nulidades, é a aplicação absoluta ou relativa dessa garantia que pode acontecer por evocação do princípio da instrumentalidade das formas e no reconhecimento das nulidades relativas, porque, segundo esse entendimento, estariam nesses pontos a principal possibilidade de insurgência do poder inquisitivo do Estado através da liberalidade/discricionariedade que detém os julgadores quanto a sua aplicação, ensejando, assim, possibilidades de prejuízo irreparável ao réu. Estão nessas questões as maiores discussões, interesses e polêmicas doutrinárias.

Quanto ao princípio da instrumentalidade processual - *pas de nullité sans grief*, brocardo francês, com o significado objetivo de que se um ato não causar prejuízo não há que se falar em nulidade<sup>6</sup>, remete que as formas são instrumento para o deslinde processual, estão disponibilizadas para fazer o processo penal ser efetivo. O princípio da instrumentalidade das formas, que rege a validade dos atos processuais em geral subordina-se a finalidade do ato e da ausência de prejuízo, o que caracteriza a sua importância para o sistema de nulidades. Esse princípio amplia os poderes do juiz, pois atenua a legalidade e flexibiliza as formas. Para os defensores das garantias constitucionais isso gerou um desequilíbrio de forças entre os sujeitos do processo. Visto que, com o respeito a forma, os direitos fundamentais e as regras do jogo equilibra a atuação das partes no processo com menos riscos de se condenar um inocente.

Segundo Lopes Jr. (2010, v. 2., p. 434) não se pode olvidar que: “[...] a epistemologia da incerteza e o risco inerente ao processo fazem com que a única “segurança” possível seja aquela que brota do estrito respeito às regras do jogo,” ou seja, a luta é pela “eficácia do sistema de garantias da Constituição e pela observância das formas processuais que o assegura. Dessa premissa devemos pensar o sistema de invalidades processuais.”

Na mesma esfera de defesa, aponta seguramente Gloeckner (2015, p. 432) que o respeito pelas regras do jogo não podem se confundir com legalismo. As formas são organizadas a partir da proteção de valores cujo respeito é de interesse predominantemente público. Nesse sentido, mais do que se chegar a um veredicto de culpabilidade importa sinalizar com as proteções ao normal desenvolvimento processual assim como o “repúdio ao efficientismo persecutório, responsável pela desformalização material do processo penal contemporâneo”, que pode, significativamente, dificultar o amadurecimento das normas constitucionais e servir de “obstáculo à solidificação da cultura democrática no processo penal.”

Com relação às nulidades, em específico as relativas, são contestadas no sentido de que não sendo arguida em tempo oportuno ou não havendo a demonstração do prejuízo por parte de quem alegou, não haverá a nulidade do ato. Para o doutrinador Lopes Jr. (2010, v.2., p. 421), essa nulidade transformou-se “em um importante instrumento a serviço do

---

<sup>6</sup> Código de Processo Penal, artigo 563: Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes. (BRASIL, 2015).



utilitarismo e do punitivismo”, pois recorrente a “manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquela que é uma nulidade absoluta.”

Seria esse um dos principais problemas da esfera do processo penal, já que o “juiz deve atuar como garantidor da eficácia do sistema constitucional, de forma que, não só pode, mas deve zelar pela forma processual e garantias constitucionais.” Por isso, em qualquer oportunidade, ainda que não haja arguição da parte, “poderá o julgador verificar se o ato praticado sem atenção às formalidades legais fere ou coloca em risco direito fundamental e, em seguida, determinar sua repetição com o fim de saná-lo.” Sem depender, somente, de arguição da parte ou demonstração do prejuízo. (LOPES JR, v.2., 2010, p. 428).

Por força disso, alguns doutrinadores como Lopes Jr. (2010), Gloeckner (2015) e Loureiro (2008) fazem crítica à cultura jurídica preponderante nas decisões dos juízes e dos tribunais. Para eles é notório o formalismo judicial que está eivado de traços inquisitórios em sua prática. Porque o formalismo judicial exacerbado “possui dois eixos: por um lado é obtuso e radicalmente legalista quanto às violações formais e por outro flexibiliza as regras conforme suas conveniências.” (LOUREIRO, 2008, p. 9).

Vale lembrar que as críticas não são somente ao que se refere às nulidades processuais ou invalidades<sup>7</sup> - termo que alguns doutrinadores utilizam -, as críticas são contra todo o contexto do sistema processual penal, tanto na estrutura, como, e principalmente, aos operadores do Direito, bem como no sistema legal do Direito Penal e Processo Penal, por estarem aquém de um Estado Democrático de Direito.

No âmbito do sistema das nulidades processuais penais, sugerem, por força desse formalismo arraigado, a ruptura na teoria que a rege, com vistas a superação do modelo atual. Essa radicalidade ao tratarem do tema das nulidades é porque esses doutrinadores consideram insuficientes as aplicações/reconhecimentos apenas com o respaldo das garantias constitucionais, defendem que o cuidado deve ser ampliado. Por isso, postulam a necessidade de uma teoria das nulidades voltada, inclusive, para um novo sistema processual, o acusatório

---

<sup>7</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.2, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades e sua adequação à instrumentalidade constitucional do processo penal**. Capítulo III. [S.l.]: Juspodivm, 2015.

LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Nulidades e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: [S. n.], 2008.

de garantias, para referência à dimensão da mudança, o sistema processual vigente no Brasil é o misto<sup>8</sup>, então as alterações pleiteadas são muitas e complexas que envolvem todo o contexto de Direito Penal e Processual Penal brasileiro.

Isso porque, para o garantismo, a legitimidade da aplicação da pena depende, sobretudo, do respeito aos preceitos elementares que constituem o fundamento do processo penal: “os direitos e garantias fundamentais”. Quando se verifica que a premissa do modelo vigente de nulidades é um “maximizador do poder punitivo”, se torna incompatível com um modelo constitucionalizado de processo, com isso, não há alternativa “senão uma ruptura real com o ideário que orienta a prática judicial.” Nesse meio a teoria de nulidades apresenta uma séria crise nos seguintes pontos: “represamento dos novos valores no processo penal; obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no processo penal.” (GLOECKNER, 2015, p. 430).

Para que haja essa renovação no sistema das nulidades, “não se postula que simples reforma legislativa seja suficiente para operar a superação do modelo posto.” A luta é para uma reforma ampla. Alterações no “sistema de nulidades seria inócua se não fosse acompanhada de profunda mudança do ideário que orienta os aplicadores.” Com o fundamento de que:

A Constituição da República de 88 é exemplo concreto de que normas de vanguarda desacompanhadas de aplicadores comprometidos com seu escopo não são suficientes para a efetivação de direitos e garantias. Conforme se buscou demonstrar, a tradição jurídica que sedimenta a prática processual nacional não se desarraigou do formalismo judicial, tampouco da lógica inquisitiva. (LOUREIRO, 2008, p. 12).

São sugestões para um novo modelo de controle das nulidades com efetiva e completa proteção do acusado. O desafio é grande, já que para isso todo um sistema de aplicação terá de ser alterado, mas a defesa é de que só assim seria efetivamente possível, já que as nulidades/invalidades contribuem muito para a permanência de resquícios inquisitivos, como afirma Loureiro (2008, p. 8), um dos maiores impedimentos para termos um “sistema

---

<sup>8</sup> Sistema Misto: “**o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto.** Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo).” (NUCCI, 2009, p. 104-105, grifo nosso).

acusatório no sistema processual brasileiro consiste no defasado sistema de nulidades, que permite que atos processuais em desconformidade com a Constituição e a legalidade surtam efeitos como se válidos fossem.” E amplia:

O campo das nulidades processuais está vinculado a uma verificação da conformidade do ato processual com o ordenamento jurídico adotado. Se um ato extrapola os limites impostos pelo arcabouço normativo que o sedimenta, este deve ter seus efeitos coibidos. Aproximando-se o tema da visão de Carnelutti de processo como jogo, se o movimento de um jogador violou as regras do jogo, este deve ser refeito ou anulado, mas não pode ser aceito como um ato regular. Caso contrário, se o processo penal não se pauta pelas normas nas quais ele próprio se funda, aos poucos sua legitimidade se esvaziará até alcançar o estágio de puro exercício de poder abusivo. (LOUREIRO, 2008, p. 8).

O “devido processo penal”, isto é, o processo penal filtrado pela Constituição não poderá ser pensado/utilizado como instrumento que leve a impunidade, pois como bem esclarece Lopes Jr. (2011, p. 9):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque se admite sua exigência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

A questão a ser levantada com relação a essa mudança pretendida, ou seja, a alteração quanto ao uso dessa ferramenta processual é o de refletir se a arguição de nulidade utilizada no processo e o seu conseqüente reconhecimento trás as respostas aos anseios voltados para uma prestação jurisdicional que pretende realizar a justiça esperada pela comunidade jurídica social.

Há efetividade do processo com o reconhecimento de uma nulidade processual e anular parte do processo ou nulifica-lo como um todo? O sentimento intrínseco jurídico envolto na questão pode ser de que o fim da prestação jurisdicional está ligado ao réu como sujeito de um processo, no qual se analisa se o ato praticado aconteceu com valoração antijurídica e da culpabilidade, com sentença de absolvição ou condenação. No entanto, parece tão injusto quanto submeter o acusado as arbitrariedades, a inquisição e a um processo ilegal, que pode culminar na condenação de um inocente.

## 2.2 Sistema de nulidades como amparo à prestação jurisdicional

A prestação jurisdicional, principalmente a que se refere ao processo penal, é a forma de vermos a efetivação do Direito Penal com a aplicação da pena ou a declaração da inocência do réu. Quando as leis penais são infringidas, para um indivíduo ser responsabilizado pelo crime, não há outra forma de declará-lo culpado e imputar-lhe uma pena, senão após o transcurso do processo penal. Esse processo precisa ser hígido, claro, com todas as garantias respeitadas e principalmente em conformidade com a Lei.

Como os nossos sistemas jurídicos: Código Penal e o Código de Processo Penal brasileiros datam de 1940 e 1941, respectivamente, trazem consigo a essência de um regime ditatorial inquisitivo<sup>9</sup> por causa da época de sua edição, característica mesma que norteou a precípua noção de justiça social e também a aplicação das leis penais. Esta ideologia se manteve através dos tempos até os dias atuais. Nesse sentido Rangel (2012, p. 46) define o sistema processual penal como sendo “o conjunto de princípios e regras [...] de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas e à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

Era de se esperar que esses resquícios inquisitórios, que fundaram e por muitas vezes influenciam fortemente nossa noção de justiça, condicionem a acreditar que as garantias processuais, trazidas no bojo da Constituição de 1988, quando reconhecidas e aplicadas aos crimes distorcem o verdadeiro objetivo do processo penal que é o de penalizar o infrator das leis descritas no Código Penal.

No entanto, vários autores processualistas acreditam que o descumprimento das formas legais nos atos jurisdicionais nem sempre leva à violação de direito ou de garantia fundamental e, conseqüentemente, do devido processo legal. É basicamente esse o entendimento dos que doutrinam ou jurisdicionam para a flexibilização do sistema de

---

<sup>9</sup> Sistema Inquisitivo: “Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.” (RANGEL, 2012, p. 47).

nulidades no processo penal, através da instrumentalização das formas, para garantir que o processo atinja a sua finalidade que é uma condenação com a respectiva pena ou uma absolvição do acusado.

O doutrinador processualista Nucci (2009, p. 117), afirma que “não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje.” Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição “imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório.” Por tal razão,

[...] seria fuga da realidade pretender aplicar somente a os princípios constitucionais à prática forense. Os operadores do direito trabalham contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto. (NUCCI, 2009, p. 117).

A questão principal é que o procedimento legal deve ser observado, as garantias processuais do devido processo legal devem ser respeitadas à luz da Constituição Federal. Com a flexibilização das regras processuais para o aproveitamento do ato falho para se chegar ao fim processual, através do reconhecimento ou não de uma nulidade faz com que se renegue a forma e o procedimento legalmente instituído e sacrifique uma parte da essência do princípio do devido processo legal. Entretanto, Dinamarco (2003, p. 155) adverte: “Não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins.”

Por conta disso, é a defesa de que a função primordial das nulidades é completar a forma/regramento do processo com atenção para a finalidade da lei, se o ato processual atingiu o fim a que foi proposto não há necessidade de se declarar nulidade, até por uma questão lógica e prática. “Por isso, quando um ato processual deixou de ser praticado conforme a fórmula legalmente prevista, porém, terminou por atingir a *finalidade da lei* (ou espírito da lei), inexistente plausibilidade para ser anulado.” (NUCCI, 2012, p. 961).

Na mesma esteira explica Nucci (2012, p. 503-504), que se os atos processuais tem como fim a realização da justiça e esta se consegue apesar da irregularidade daqueles, não há razão para renová-los, pois o processo é um instrumento, um meio para a formulação da

verdade, e não um fim em si mesmo. Em outras palavras, no entanto, com o mesmo sentido o artigo 566 do Código de Processo Penal, como se lê: "não será declarada a nulidade processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

Em destaque segue o mesmo posicionamento doutrinário:

[...] no moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais, pregar a nulidade [sem a devida comprovação do prejuízo] não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes. (NUCCI, 2012, p. 504).

Para mais fundamentar a discussão o doutrinador Carlos Maximiliano (2005, p. 124-125 apud MARTINEZ, 2012, [S.p.]) ensina através de uma teoria filosófica que:

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenauta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi regida.

É a concepção primeira do Direito Processual Penal que, até se confunde com a própria finalidade do Direito Penal, qual seja, um instrumento a serviço da paz social. Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 78) esclarecem que, *in verbis*:

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Tem-se o entendimento inquisitorial não só na academia, mas, principalmente, do senso comum, de que o fim prático da lei, ou todas as regras de direito tem como dever efetivar a justiça e coibir o crime, com o primeiro objetivo voltado para a solução das exigências sociais, na esfera da segurança pública. Por que a relevância do senso comum?

Porque o legislador representa o povo e legisla de acordo com a vontade social latente. E o conhecimento empírico de justiça social é ver o fim do processo em que se tem um veredicto de acusado/réu culpado ou inocente. O senso comum não consegue entender o processo penal também como garantia para o réu, se frustra com o não fim da prestação jurisdicional e vê com desconfiança a justiça prestada pelo Estado-jurisdicção quando não há análise do mérito na ação penal.

Pode-se dizer que para essa linha de defesa, dita inquisitorial, a serventia processual é a realização/efetivação do direito material e quando o direito material cumpre-se através da pena cominada para a infração realizada é que poderemos sentir o realizar da justiça, assim como, quando findar o processo com o réu declarado inocente.

Para esses doutrinadores advogados da relativização das formas, a crítica em relação ao princípio da instrumentalidade se esvai porque, para eles, acreditar que a instrumentalidade processual deve ser pautada absolutamente pelos princípios constitucionais é acreditar que para se efetivar a justiça o instrumento, o processo, é mais importante do que a matéria que ele maneja. Assim sendo, a concepção de instrumentalidade constitucional levada à aplicação absoluta pode acabar gerando em algumas situações, na tabela de importâncias para a aplicação da justiça a sobreposição do meio para alcançá-la e não o fim a que ela se propõe, qual seja, a sua concepção teleológica, a intenção do legislador ao propor e votar a lei.

Alguns autores justificam esse entendimento com o fundamento em destaque:

No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado. (DINAMARCO, 2003, p. 329).

O referido autor esclarece que a legislação para amparar o tramite processual foi elaborada tão minuciosa quanto à forma dos atos processuais, tanto que o princípio da legalidade formal é o que por vezes prepondera. No entanto adverte que a liberdade das formas não pode ser confundida com o arbítrio. O que se pretende é “demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização.” (DINAMARCO, 2003, p. 156).

Greco Filho (2007, v.2, p. 12) trás o princípio da instrumentalidade das formas denominado de sistema da “Legalidade Instrumental”, que, para esse doutrinador, significa que:

[...] os atos processuais são descritos em tipos e modelos, mas admite, respeitado certo mínimo fundamentado do interesse público, como válidos os atos praticados de maneira diversa da prevista no Código se alcançarem sua finalidade essencial. A forma, portanto, não existe para ser respeitada como um bem em si mesmo. Ela existe para alcançar determinada finalidade, a qual, se alcançada com outra forma, assegura a preservação do ato. Em princípio ela deve ser respeitada, mas se aceita o ato que atingiu seu fim de outro modo. (GRECO FILHO, v.2, 2007, 11-12).

Neste mesmo sentido se acrescenta mais uma vez:

[...] a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento. [...] tem-se que a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque amplia e conduz e a minimizar os desvios formais sempre que, atingindo ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados. (DINAMARCO, 2003, p. 329-330).

Nessa linha a finalidade do processo de realizar a justiça no caso concreto deve se sobrepor ao formalismo excessivo. Este não deve ser obedecido em absoluto sob pena de não se alcançar os fins previstos na norma. Conforme assinala Oliveira C. (2003, p. 124 apud SANTOS, 2007, p. 36):

[...] as formas processuais cogentes não podem ser consideradas formas eficaciais, mas formas finalísticas, subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, a impedir assim o entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo. A esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma.

Explicam-nos Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 82) mais adequadamente sobre a importância de atuação conjunta desses sistemas legais Constituição e Processo Penal e seus institutos correspondentes, dentre eles o sistema de nulidades, e a finalidade para a qual a união de ambos deve alcançar: “a própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.”



Como visto todos consideram o processo como a via de realização do direito e da justiça, em cumprimento de um dever que o Estado Democrático de Direito assumiu perante o homem, por conta disso a prestação jurisdicional não pode ser de qualquer jeito precisa ser justa, com significado de justiça o fim do processo.

Os doutrinadores Grinover, Magalhães e Scarance (2011, p. 32) nos brindam, em seu livro com uma frase que pode ser utilizada nesta via de enfoque, pois bem sintetiza o entendimento que defendem sobre o tema das nulidades tratado até aqui, "a pedra de toque, nessa matéria, é constituída por três elementos fundamentais: que o ato, mesmo atípico atinja sua finalidade, que não tenha havido prejuízo para as partes e que o contraditório tenha sido preservado."

Como vimos no decorrer deste capítulo no processo penal se defrontam duas opostas visões da utilização da máquina penal: para a primeira, o processo é um complexo de garantias que tutelam o cidadão/acusado, já que o Estado através da prestação jurisdicional deve oferecer o máximo de garantias para que o processo não condene inocentes; para a segunda, que se contrapõe, o processo é o instrumento para a aplicação do direito penal e não pode ser inutilizado pela obediência irrestrita as formas, sob pena de não ser realizada a justiça pretendida na lei penal.

Por tudo cabem os questionamentos: a forma processual é uma garantia do Estado ou do acusado? Qual a finalidade do Processo Penal? A justiça ligada a prestação jurisdicional efetiva e tempestiva é satisfeita com o reconhecimento das nulidades processuais, principalmente as que extinguem o processo sem avaliar a culpa ou inocência do réu?

A seguir, no capítulo derradeiro, as nulidades no procedimento especial do Júri. Serão trazidos alguns casos práticos em que atos processuais foram motivos de arguição e reconhecimento de nulidades e outros em que as nulidades foram relativizadas e a forma mesmo com vício foi aproveitada dando prosseguimento ao feito. A importância do Tribunal do Júri, para esse trabalho, encontra-se na peculiaridade desse rito, onde os jurados tem participação direta e fundamental na decisão/sentença proferida ao final do julgamento.

### **3 AS NULIDADES NO PROCEDIMENTO ESPECIAL- JÚRI**

Para completar este trabalho apresenta-se neste último capítulo, informações sobre o rito especial do Tribunal do Júri, alguns casos práticos em que se evidencia o reconhecimento ou não de uma nulidade, as fundamentações que sustentam tais decisões e algumas considerações sobre as intercorrências jurídico-sociais que geram as nulidades processuais penais.

Como forma de objetivar essa tarefa optou-se por reduzirmos a análise de algumas situações no procedimento especial do Júri, o motivo da delimitada escolha é o bem tutelado, a vida, o mais importante sob a guarda do Estado. Ao Tribunal do Júri foi destinada a importantíssima missão de julgar os crimes dolosos contra a vida, onde os jurados são os julgadores de seus pares no meio social em que vivem.

A disposição do presente será através de pontuais considerações e conceitos doutrinários sobre o rito especial do Tribunal do Júri, apontamentos sobre o reconhecimento das nulidades nesse procedimento especial, alguns casos práticos em que foram reconhecidas as nulidades e a fundamentação utilizada, de outro giro o não reconhecimento da nulidade e o alicerce utilizado para tais decisões, e, por fim, breves implicações jurídico-sociais decorrentes das nulidades, sejam elas reconhecidas ou não.

#### **3.1 Rito especial do Júri**

O Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de 1ª instância da justiça comum. É colegiado e heterogêneo, pois formado por um juiz togado que é o presidente e por vinte e cinco cidadãos, escolhidos por sorteio, que possuem a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. É temporário porque se constitui para sessões periódicas com dissolução em seguida, suas decisões são dotadas de soberania, tomadas de maneira sigilosa e motivadas por íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos. (CAMPOS, 2008, p. 29).

O Tribunal do Júri sofreu significativas alterações com a Lei 11.689 de 09 de junho de 2008, a doutrina aponta como finalidades principais para a mudança alcançar a modernidade, a celeridade e a efetividade nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida (MENDONÇA, 2009, p. 1) Importante esclarecer desde já que essa pesquisa não tem como objeto analisar as alterações advindas com a nova Lei, mas sim discorrer sucintamente sobre a formatação renovada do procedimento e apontar algumas causas ensejadoras de nulidades do rito especial do Júri que está em vigor.

O Conselho de Sentença é regulado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inc. XXXVIII, dentre o rol de garantias do indivíduo e com força de cláusula pétreia. Também é por força constitucional os princípios basilares desse rito, quais sejam: a plenitude de defesa – com admissão de argumentos extrajurídicos; soberania dos veredictos – competência exclusiva dos jurados; sigilo das votações – sala secreta e incomunicabilidade e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – a competência poderá ser ampliada mas não restringida. (MENDONÇA, 2009, p. 2-3).

Está distribuído em duas fases, por isso, a doutrina trata esse rito procedimental como sendo escalonado ou bifásico. Objetivamente como segue:

A primeira fase se inicia com o oferecimento da denúncia e se encerra com a decisão de pronúncia (*judicium accusationis* ou sumário da culpa). A segunda tem início com o recebimento dos autos pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, e termina com o julgamento pelo Tribunal do Júri (*judicium causae*). (CAPEZ, 2012, p. 652, grifo do autor).

Cabe o relato mais amplo de cada fase, a começar pela *judicium accusationis*, ou formação da acusação. Nesta etapa a função é averiguar a existência de “provas sérias e coerentes, produzidas em juízo, de ter o réu praticado um fato típico, ilícito, culpável e punível, para autorizar seu julgamento pelo Tribunal Popular.” (CAMPOS, 2008, p. 45) Esta etapa tem previsão legal dentre os artigos 406 e 421 do Código de Processo Penal.

Esse fragmento do procedimento se desenvolve da seguinte forma: a partir do oferecimento da denúncia ou eventual queixa crime; a citação; resposta escrita em dez (10) dias; oitiva do Ministério Público em cinco (5) dias, em caso de ser juntado documento ou arguida preliminar; audiência una de instrução e julgamento, na qual poderão ser proferidas

quatro decisões: absolvição sumária<sup>10</sup>, impronúncia<sup>11</sup>, desclassificação<sup>12</sup> e pronúncia<sup>13</sup>, com a preclusão da decisão de pronúncia finda a primeira fase. (MENDONÇA, 2009, p. 4).

A pronúncia é uma decisão interlocutória mista não terminativa que encerra a primeira fase do procedimento do Júri. Sem condenar ou absolver o acusado, é a admissão da acusação após a análise das provas do processo e restar comprovada a existência de um crime doloso contra a vida e ser provável a autoria do delito. Quanto a autoria, por não haver necessidade de juízo de certeza, em consonância com o princípio do *in dubio pro societate*, verifica-se apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. (CAPEZ, 2012, p. 655).

Para o interesse da temática tratada aqui - as nulidades - torna-se imperioso mencionar que a decisão de pronúncia não pode conter excesso de linguagem. A mesma deve ser redigida pelo o juiz togado, em linguagem serena, sem influências que possam deflagrar a isenção da justiça. Deve ser sucinta para evitar sugestiva influência aos jurados. Porque não pode o juiz interpretar de forma conclusiva e contundente a prova em favor de uma das versões existentes nos autos. Por conta disso, “devem os juízes e tribunais quando lhes cumpra praticar o ato culminante do *judicium accusationis*, que é a pronúncia, submeter-se à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem.” (CAMPOS, 2008, p. 84).

A doutrina de Mendonça (2009, p. 17) trás a afirmação de processualistas no sentido de que “não deve a pronúncia conter a exteriorização do convencimento do magistrado acerca do mérito da causa, pois isso certamente irá influenciar o ânimo dos jurados.” Como é dever do julgador fundamentar as decisões proferidas, de outra monta, na decisão de pronúncia do Júri, “prescreve a moderação nos termos empregados, sendo aconselhável consignar na decisão, sempre que houver controvérsias sobre os pontos fundamentais, que a solução foi inspirada no desejo de deixar ao Júri a decisão final.”

---

<sup>10</sup> Artigo 415, Código de Processo Penal.

<sup>11</sup> Artigo 414, Código de Processo Penal.

<sup>12</sup> Artigo 419, Código de Processo Penal.

<sup>13</sup> Artigo 413, Código de Processo Penal.

O dispositivo legal 413 § 1<sup>o</sup><sup>14</sup>, inserido ao Código de Processo Penal com a reforma do procedimento do Júri pela Lei 11.689/08, leciona que a fundamentação da pronúncia deve se limitar a indicação dos seus requisitos, sob pena de gerar nulidade e consequente desentranhamento da pronúncia nula dos autos. (CAMPOS, 2008, p. 85).

Com o réu pronunciado, começa a segunda etapa do procedimento especial do Júri, o juízo da causa (*judicium causae*). Conforme a seguinte ordem: intimação das partes para apresentarem provas e requerimentos em cinco (5) dias; deliberação do juiz sobre as provas requeridas; despacho saneador; relatório do processo; inclusão do processo em pauta; intimação das partes, ofendido e testemunhas, para a sessão de julgamento; escolha e convocação dos jurados e sessão de julgamento. (MENDONÇA, 2009, p. 4).

Após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do Ministério Público ou do querelante nos casos de queixa crime, e do defensor para que em cinco (5) dias apresentem o rol de testemunhas, no máximo de cinco (5), oportunidade, também, em que poderão juntar documentos e requerer diligências. (CAMPOS, 2008, p. 121).

Segundo o artigo 423<sup>15</sup> do CPP, o juiz decidirá, a partir daí, a respeito dos requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas em plenário. Realiza um verdadeiro despacho saneador, visto que serão ordenadas diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa. Após a elaboração de relatório sucinto do processo será designada data para o julgamento em plenário. Com a data avançada serão intimados as partes, o ofendido, as testemunhas e possíveis peritos. Bem como sorteados os vinte e cinco jurados (25) que estarão disponíveis para o julgamento. (CAMPOS, 2008, p. 122).

---

<sup>14</sup> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1o A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (BRASIL, 2015).

<sup>15</sup> Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I – ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri; (BRASIL, 2015).

Para a abertura da sessão de julgamento será necessário o quórum mínimo de quinze (15) jurados. O Juiz Presidente fará advertência aos jurados sobre os impedimentos, incompatibilidades e suspeições. A defesa e a acusação poderão apresentar recusas peremptórias ou imotivadas, adiante terá a formação do conselho de sentença, serão ao todo sete (7) jurados que farão a exortação de compromisso. Com isso ocorre o anúncio do julgamento e do pregão, esse será o momento oportuno para a “alegação das nulidades relativas posteriores a pronúncia, sob pena de serem consideradas sanadas.” (CAPEZ, 2012, p. 663).

A instrução em plenário terá início com as declarações do ofendido, quando possível, inquirição das testemunhas, primeiro as de acusação, após as de defesa e por último o interrogatório do réu. Finda a instrução terão início os debates a começar pelo Ministério Público, assistente de acusação, se for o caso, e em seguida a defesa com tempo distribuído igualmente. Os debatedores poderão requerer a réplica (acusação) e a tréplica (defesa). (CAMPOS, 2008, p. 126-218).

Preparação para o julgamento. Encerrados os debates o juiz deve indagar aos jurados se estão habilitados a julgar ou se precisam de mais esclarecimentos, estes deverão estar relacionados a matéria de fato e não a jurídica. Em seguida haverá a leitura dos quesitos destinados a serem respondidos pelos jurados acerca do fato delituoso e suas circunstâncias, bem como das teses levantadas na defesa. “Após a leitura dos quesitos o juiz deverá explicar a significação legal de cada um aos jurados, e indagar das partes se há algum requerimento ou reclamação a fazer”, conforme o artigo 484 do CPP. (CAPEZ, 2012, p. 669). Segundo Mendonça (2009, [S.p.]) a quesitação foi simplificada com o advento da nova lei do Júri, evitando-se inúmeras nulidades que ocorriam na antiga sistemática.

A ordem dos quesitos está estabelecida em lei, artigo 483, CPP, conforme segue:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas. (BRASIL, 2015).

Cabe acrescentar que os preceitos legais dos artigos 486, 487 e 489, todos do Código de Processo Penal, dispõem sobre a votação dos jurados aos quesitos, que é feita de forma sigilosa, utilizando-se cédulas com as palavras sim e não. Ainda, que as decisões do Tribunal do júri são tomadas pela maioria dos votos.

Com o término da votação será assinado o termo pelo presidente, jurados e partes. Em seguida o juiz deverá proferir a sentença que poderá ser de absolvição, desclassificação ou condenação, a mesma será lida em plenário pelo presidente antes de ser encerrada a sessão. O ato final será a lavratura da ata do Júri que será assinada pelo juiz e pelas partes, relatando todas as ocorrências e incidentes. Nela devem estar transcritas todas as nulidades arguidas pelas partes durante a sessão de julgamento. (CAPEZ, 2012, p. 671-672).

### **3.2 As nulidades no procedimento especial-Júri – alguns casos práticos**

São variadas e significativas as possibilidades de falhas nas formas que podem causar arguição de nulidades nas duas fases do procedimento do Júri. Não serão aprofundadas todas, mas algumas serão pormenorizadas e enriquecidas com casos práticos e seus julgados para melhor versar sobre a temática abordada. A maioria é referente à segunda fase do Júri, por ser o momento de participação dos jurados na decisão da causa.

Segundo Capez (2012, p.731-736) são causas de nulidade no procedimento do Júri, na fase do *judicium causae*: a falta, omissão ou irregularidade na sentença de pronúncia; falta de intimação do réu para o julgamento no Júri; falta de intimação das testemunhas; presença de pelo menos quinze jurados para a constituição do Júri; falta ou irregularidade no sorteio dos jurados; quebra na incomunicabilidade dos jurados e o erro na elaboração dos quesitos ou incompatibilidade nas respostas.

Em se tratando da falta, omissão ou irregularidade na sentença de pronúncia, artigo 564, III, alínea f, do CPP, pode-se dizer que a falta de pronúncia acarreta nulidade absoluta, por ocorrência da mesma pena, deve ser devidamente fundamentada, por força do artigo 93, IX, da Constituição Federal. (CAMPOS, 2008, p. 287-288).

Para a falta de intimação do réu ao seu julgamento em plenário, artigo 564, III, alínea g do CPP, deverá ser ele sempre intimado de sua realização pessoalmente ou por edital, sob pena de nulidade absoluta pela afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, artigo, 5º, LV, CF/88, muito embora a lei abra uma exceção para os casos em que o acusado estiver solto, e não comparecer, artigo 457<sup>16</sup>, Código de Processo Penal. (CAMPOS, 2008, p. 288).

No que tange a presença de quinze jurados para a composição do Júri, pode-se dizer que esse quórum é mínimo, e a falta desse mínimo causa nulidade absoluta, conforme artigo 564, inciso III, alínea j, primeira parte. A presença desses quinze jurados onde se computam dentre eles, ainda, os suspeitos e impedidos, artigo 563, §2º, CPP, “visa impedir o que se chama de “estouro de urna”, que seria a situação em que em razão dos impedimentos e suspeições dos jurados ou recusas formuladas pelas partes, não se consiga chegar ao número de sete jurados para o Conselho de Sentença.” (MENDONÇA, 2009, p. 76).

Importante ressaltar que após ser verificado o comparecimento mínimo dos quinze jurados o juiz presidente declarará iniciados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento. O oficial de justiça fará o pregão das partes, “este momento é relevante para a arguição de nulidades, pois, conforme dispõe o art. 571, V, CPP, as nulidades posteriores à pronúncia deverão ser arguidas logo após o pregão, sob pena de serem consideradas sanadas.” (MENDONÇA, 2009, p. 76).

---

<sup>16</sup> Artigo 457, CPP, Verificado publicamente pelo juiz que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, será feito o sorteio de 7 (sete) para a formação do conselho de sentença. (BRASIL, 2015).



Em relação à falta ou irregularidade no sorteio dos jurados para compor o Conselho de Sentença, artigo 564, III, alínea j, primeira parte, do Código de Processo Penal, “é nulidade absoluta por ofensa clara ao devido processo legal<sup>17</sup>, é a própria essência do Júri.” (CAMPOS, 2008, p. 289).

Quebra na incomunicabilidade dos jurados, art. 564, III, alínea j, segunda parte do CPP, quer dizer que uma vez sorteados os jurados, os mesmos serão advertidos pelo juiz presidente que não poderá haver comunicações entre si e com outrem, tampouco manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2º do artigo 436 CPP. A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça. (CAPEZ, 2012, p. 664).

Finalmente, o julgamento pelos jurados será feito mediante respostas aos quesitos formulados pelo juiz presidente, eis a importância da redação elaborada para os quesitos e a compatibilidade nas respostas oferecida pelos jurados. Um dos propósitos da reforma do procedimento especial do Júri, através da Lei 11.689/08, foi o de evitar nulidades, simplificando o questionário e primando pela clareza e simplicidade.

Nesse sentido proíbe-se a elaboração de quesitos de forma negativa, [...] por dificultarem a compreensão dos jurados [...] as proposições devem ser feitas de forma positiva, simples e distintas, com o intuito de que cada uma delas possa ser respondida com suficiente clareza e necessária precisão. A simplicidade na elaboração dos quesitos é imprescindível para a busca da verdade real e para que a soberania dos veredictos seja respeitada. O juiz presidente deverá considerar, para a elaboração dos quesitos, os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. (MENDONÇA, 2009, p. 106-107).

Ainda, serão causas de nulidade absoluta, a não observância de quesitação completa, das teses de acusação, da defesa técnica e do acusado, a ordem dos quesitos (Súmula 162 do STF<sup>18</sup>), e a contradição, das respostas dos jurados, entre quesitos da mesma série. (CAMPOS, 2008, p. 291).

---

<sup>17</sup> Art. 467, CPP. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 7 (sete) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença. (BRASIL, 2015).

<sup>18</sup> Súmula 162, Supremo Tribunal Federal: É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes. (BRASIL, 2015).

Pela relevância e grau de importância acrescentaremos para o debate a possibilidade de nulidade em decorrência do argumento de autoridade presente no artigo 478, inciso I, do Código de Processo Penal. Esse dispositivo foi uma das alterações significativas da Lei 11.689/08, que impede as partes da utilização em plenário de determinadas linhas argumentativas. Para o julgamento ser conforme o preceito legal as partes não poderão referir nos debates sobre a decisão de pronúncia ou as decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, ou a determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado, e, ainda, o silêncio do acusado no interrogatório em seu prejuízo, pela influência que a referência pode causar na íntima convicção dos jurados.

No entanto não é qualquer menção à decisão de pronúncia que configura nulidade, até porque os jurados recebem cópia da mencionada decisão. A nulidade estará configurada quando a decisão de pronúncia for utilizada para influenciar a decisão dos jurados. Em outras palavras, “a referência carece versar sobre a decisão do magistrado que remete a importância da autoridade prolatora e, de certa forma, desprestigia o verdadeiro juiz natural – os jurados.” (MENDONÇA, 2009, p. 97).

Vejamos o caso prático, autoexplicativo, julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja causa da nulidade foi o desrespeito ao artigo 478, I do Código de Processo Penal:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 478, INCISO I, DO CPP, QUE VAI ACOLHIDA. O Código de Processo Penal é claro ao coibir referência à decisão de pronúncia, invocada como argumento de autoridade, seja em benefício ou em prejuízo do acusado. Caso em que um dos réus assume desde a sede policial ter efetuado os disparos, confessando a autoria, mas alegando ter agido sob o domínio de violenta emoção, versão contrária às qualificadoras imputadas, e o órgão da acusação, em sua fala, refere "se as qualificadoras estão aqui é porque foram admitidas pelo juízo técnico; e "se não tivesse o mínimo de admissibilidade o juízo não teria aceito e quesitado". E as teses defensivas foram rejeitadas, com acolhimento integral das qualificadoras pelo Conselho de Sentença. O protesto da defesa constou na ata da Sessão, e isso basta para que seja reconhecida a atitude contra legem, de qualquer das partes que assim proceda. Não é necessário que a parte seja repreendida pelo Juiz Presidente, como argumenta o representante ministerial em contrarrazões. A existência em si da nulidade, assim como a constatação de prejuízo, não depende da repreensão por parte do magistrado. Se é lamentável ter de repetir o julgamento, sobretudo quando um dos réus assume ter efetuado os disparos desde a sede policial, cabe lembrar que foi o órgão da acusação quem tomou a iniciativa de ignorar a expressa norma legal, nulificando o julgamento. E essa anulação não é expressão de mero formalismo, pois o dispositivo é cogente e visa garantir aos réus um julgamento justo, sem a influência indevida sobre os jurados de argumentos técnicos como a simples existência de pronúncia

quanto às qualificadoras. Quem corre o risco de agir contra a lei deve suportar suas consequências. É a regra do jogo, que deve ser seguida. Como diz Aury Lopes Júnior, em comentário ao tão surrado princípio da instrumentalidade das formas, no processo penal, os meios justificam os fins, e não o oposto. Hipótese de vedação legal que verifico se encaixar perfeitamente aos autos, pois não houve apenas menção à pronúncia, mas sim menção qualificada. Sustentar o reconhecimento das qualificadoras com base na sua admissão pelo juízo técnico é, via argumento de autoridade, utilizar da decisão de pronúncia para influenciar as conclusões do Conselho de Sentença. Se o legislador quis garantir que o julgamento pelos jurados não fosse influenciado pela assunção acrítica dos termos da pronúncia, a partir de sua presumível autoridade técnica, os acusadores devem se submeter a isso, abster-se como determinado, e não buscarem vias oblíquas para violar norma processual cogente. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (BRASIL, 2015).

A seguir, outra nulidade reconhecida como argumento de autoridade utilizado em plenário em desfavor do réu, com a peculiaridade de que essa foi gerada na fase de instrução, durante a audiência de interrogatório do réu, como segue:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. Conexos. receptação e porte ilegal de arma de fogo. recurso fundamentado NAS ALÍNEAS “a”, “c” e “d” DO INCISO III DO ART. 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADES POSTERIORES À PRONÚNCIA. expressão que constitui argumento de autoridade, art. 478, I, do CPP.

1. Violação ao princípio do Promotor natural não verificada. Inconformidade com o aditamento efetuado à denúncia, que se encontra abarcada pela preclusão.  
2. Violação do art. 478, I, do CPP. Manifestação do juiz acerca da narrativa do acusado que constitui, usada em plenário, argumento de autoridade. Nulidade. APELAÇÃO PROVIDA. JULGAMENTO ANULADO. (BRASIL, 2015).

No caso em exame, a defesa requereu a nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, com alegação da influência exercida pelo magistrado que coletou a prova oral, em face de manifestação na audiência de instrução, durante o interrogatório do réu, emitindo juízos de valor, o que pode ter influenciado a decisão dos jurados. Tal interrogatório foi utilizado em plenário, quando o Promotor de Justiça o apresentou aos jurados, por meio de seu notebook, como argumento de autoridade, situação consignada na ata de julgamento.

Em síntese, durante a instrução na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, ao realizar o interrogatório, o juiz exarou dois comentários sobre alegações do réu, dando a entender que as mesmas não seriam verdadeiras. Especificamente, quando o réu alegou no interrogatório que se dava bem com a vítima, que gostava dela, o magistrado aduziu: “imagina se não gostasse dela”. Além disso, quando o réu afirmou que não tinha a intenção de matar a vítima, tanto que atirou para baixo, acertando-a nas pernas, o magistrado,

mais uma vez interveio e disse: “eu tenho certeza que se o senhor tivesse acertado na cabeça teria dito a mesma coisa, que não tinha a intenção de matar”.

O TJRS deixou assente que a reprodução de tais afirmações em plenário incide na proibição do art. 478<sup>19</sup>, I, do CPP, o que constitui nulidade processual.

O destaque na decisão do Tribunal é que embora o termo de audiência, ou registro audiovisual de audiência, não esteja descrito no rol do mencionado dispositivo legal como causa de nulidade processual, foi considerado que se trata de argumento de autoridade prejudicial ao réu, capaz de influenciar o julgamento de juízes leigos.

Isso porque o magistrado que conduziu a coleta da prova na fase do *judicium accusationis* (grifo nosso), teceu duas considerações contrárias ao alegado pelo acusado, contrariando, em primeiro lugar, o afeto alegado por ele, e em segunda oportunidade, a tese de ausência da intenção de matar. Entendeu o Tribunal que o uso de tais referências, em plenário, configura uma influência indevida no ânimo dos jurados, sobretudo o segundo trecho, o qual configura argumento de autoridade estabelecido como causa de nulidade.

Destarte, foi anulado o julgamento, com base no art. 478, I, combinado com o art. 593, III, “a”, ambos do Código de Processo Penal. A clara dilação na aplicação do preceito legal está relacionada ao artigo 593, III, “a”, *in verbis*: “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) **ocorrer nulidade posterior à pronúncia;**”(grifo nosso), cabe essa ressalva porque, em que pese a nulidade ter ocorrido durante o julgamento, o motivo foi anterior a pronúncia, demonstrando, assim um entendimento extensivo dos julgadores.

De outro giro, após dois exemplos de nulidades acolhidas, calha mencionar uma arguição de nulidade por argumento de autoridade que não foi reconhecida:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA COM

---

<sup>19</sup> Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:  
I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;  
II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (BRASIL, 2015).

NUMERAÇÃO RASPADA. JÚRI. I - VÍCIO DE QUESITAÇÃO. PRECLUSÃO. Não suscitada a alegada falha na quesitação no momento oportuno, opera-se a preclusão. Precedente do STF. Outrossim, consoante jurisprudência da Suprema Corte, não há nulidade pela ausência de quesitação de tese não ventilada pela defesa. II - ARGUMENTO DE AUTORIDADE. NULIDADE INOCORRENTE. O artigo 478 do Código de Processo Penal possui rol taxativo, não permitindo interpretação extensiva. Logo, não causa nulidade a leitura em plenário pelo agente ministerial do decreto de prisão preventiva. Nulidade não reconhecida. III - USO DE ALGEMAS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF. RÉU DE ALTA PERICULOSIDADE. DECISÃO MOTIVADA. IV - DEFICIÊNCIA DA ATA DE JULGAMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. Não registrada a inconformidade em ata, ou seja, em momento oportuno, também atingida a matéria pela preclusão. (...) Prefaciais afastadas. Apelo defensivo parcialmente provido. (BRASIL, 2015).

No caso a defesa sustentou em preliminar de apelação a nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão da leitura em plenário, durante os debates, da decisão que decretou a prisão preventiva do réu, o que configura o chamado argumento de autoridade que prejudica o acusado.

O TJRS afastou a alegação de nulidade, com o entendimento de que o artigo 478 do CPP apresenta rol taxativo, que não admite interpretação extensiva, no qual não consta como causa de nulidade a referência nos debates em plenário da decisão que decretou a prisão preventiva do réu.

Além disso, a Câmara Criminal deixou assente que não restou demonstrado que a leitura em plenário da decisão que decretou a prisão preventiva causou prejuízo ao réu, o que é imprescindível para reconhecimento da nulidade, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, o qual refere-se ao princípio do prejuízo ou da instrumentalidade as formas.

Portanto, a decisão foi com fundamentação no sentido de ser limitada ao rol do artigo 478 do Código de Processo Penal, as causas de nulidade. A situação não foi reconhecida como causa de nulidade por não figurar nele. Veja-se que a interpretação deste caso é diversa daquela empregada no caso concreto anteriormente mencionado, onde predominou entendimento que o mencionado rol é apenas exemplificativo.

Nessa linha, o entendimento do processualista Nucci (2012, p. 965), de forma analógica, é bem claro no sentido de ser, até o rol do artigo 564 do Código de Processo Penal apenas exemplificativo, pois outras podem ser as nulidades reconhecidas, advindas de princípios constitucionais e processuais.

Ainda, verifica-se no caso concreto a utilização clara do princípio da instrumentalidade das formas, que preceitua ser indispensável a demonstração do prejuízo para declarar o ato nulo, mesmo que esse seja tão subjetivo como no caso narrado.

Ampliando, uma possibilidade de desrespeito a forma que causa nulidade durante o julgamento em plenário é a supressão de algum dos quesitos, caso em questão, quesito genérico da absolvição, vejamos:

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DEVIDAMENTE QUESITADOS. AUSÊNCIA DO QUESITO GENÉRICO DA ABSOLVIÇÃO NO CRIME CONEXO. NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO NO QUE SE REFERE AO DELITO CONEXO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA QUANTO AO CONEXO. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. Uso de algemas. Nulidade rejeitada. Inexistência de violação à Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal e nem aos artigos 474, §3º, do Código de Processo Penal e 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois a manutenção das algemas foi devida e expressamente fundamentada. Quesito genérico no crime conexo. Anulação do julgamento. A obrigatoriedade do quesito genérico de absolvição a que se refere o artigo 483, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal, estende-se também aos crimes conexos. Da mesma forma, o teor da Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal se aplica aos delitos conexos julgados pelo Conselho de Sentença, e sua violação configura nulidade absoluta, arguível a qualquer tempo. Muito embora as séries pertinentes às cinco tentativas de homicídio e um homicídio consumado tenham sido elaboradas corretamente, com a presença do quesito obrigatório, isso não ocorreu com o crime de formação de quadrilha, referente à sétima série. Embora reconheça a materialidade e a autoria delitivas, pode o jurado absolver o réu por razões íntimas, hipótese que não foi oferecida ao corpo de jurados na ocasião da Sessão Plenária. Nulidade absoluta da Sessão Plenária, no que toca ao delito previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal. (...) REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROCEDENTE. (BRASIL, 2015).

No caso em exame, insurgiu-se a defesa contra o fato de não ter sido formulado o quesito genérico da absolvição na sétima série, referente à conduta de associação criminosa (formação de quadrilha) majorada pelo uso de arma, conexo com delito doloso contra a vida.

A decisão do TJRS considerou que o quesito genérico da absolvição é correlato ao princípio da íntima convicção, pelo qual os jurados podem absolver o réu sem qualquer fundamentação de mérito, bastando que essa decisão tenha respaldo na prova produzida nos autos. A exigência é referente não só aos crimes dolosos contra a vida, originalmente de competência do Conselho de Sentença, mas também aos delitos conexos que são também julgados pelos jurados. Embora reconhecida a materialidade e autoria da conduta imputada, pode o jurado absolver o réu por sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentação, também em relação ao delito conexo. Ocorre que no caso em análise essa opção não foi dada

aos integrantes do Conselho de Sentença, pois o quesito genérico da absolvição não foi elaborado presidente do Júri.

Nesse contexto, com fundamento no artigo 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que informa: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] Parágrafo único: Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.” e na Súmula n.º 156 do Supremo Tribunal Federal, que diz “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório.” Por conta disso, foi decretada a nulidade parcial da sessão plenária apontando deficiência dos quesitos relativos ao delito conexo do artigo 288<sup>20</sup>, parágrafo único, do Código Penal, que versa sobre a associação criminosa, na sétima série do julgamento.

Mais uma forma de gerar nulidade trazida pela Lei 11.689/08, que alterou o rito especial do Júri, é o uso de algemas pelo réu durante a sessão do Tribunal, como segue:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ARGUIÇÕES DE NULIDADE POSTERIORES À PRONÚNCIA POR IRREGULARIDADES NO NÚMERO DE JURADOS E POR USO DE ALGEMAS PELO RÉU NA SESSÃO PLENÁRIA. PRETENDIDA CASSAÇÃO DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IRRESIGNAÇÃO QUANTO ÀS PENAS APLICADAS. Suposto excesso de jurados sorteados para a reunião do Tribunal do Júri e alegada carência de jurados presentes para instalação da sessão que, além de serem incompatíveis com as indicações da ata de sessão, não foram impugnadas em tempo oportuno. Matéria preclusa, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal. Arguição de nulidade posterior à pronúncia, consistente na violação ao disposto no artigo 474, § 3º do CPP e na Súmula Vinculante nº 11 do STF. Uso de algemas em plenário consignado na ata da sessão e suficientemente fundamentado. Força policial insuficiente a garantir a segurança em plenário. Ilegalidade não evidenciada. Preliminar de nulidade que vai rejeitada, por maioria. (...) PRELIMINARES REJEITADAS, POR MAIORIA, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL, QUE RECONHECIA A NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO ART. 474, § 3º, DO CPP. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS. (BRASIL, 2015).

Nesse caso, a defesa alegou em preliminar de apelação a nulidade da sessão de julgamento em razão do uso de algemas pelo acusado em plenário. Defendeu que inexistiam elementos a justificar tal medida. Alegou afronta ao artigo 474, §3º, do CPP e à Súmula

---

<sup>20</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL, 2015).

Vinculante n. 11<sup>21</sup> do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar prejuízo pelo impacto que causa a visualização do réu com algemas pelos jurados. Pediu o reconhecimento da nulidade e a realização de novo julgamento.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a alegação de nulidade, eis que a necessidade de o recorrente permanecer algemado foi expressa e fundamentada pelo magistrado que presidiu a sessão de julgamento. Considerou-se na decisão a recomendação específica de agente penitenciário que teve contato com o réu, no sentido de que se tratava de indivíduo perigoso, que inclusive restou foragido por quase cinco (05) anos após a data do fato, havendo notícia nos autos de que foi necessária uma grande operação policial para que se cumprisse o mandado de prisão expedido contra ele.

Além disso, a decisão deixou assente que súmula vinculante nº 11 do STF prevê hipóteses excepcionais que permitem o uso das algemas, assim como o artigo 474, § 3º, do Código de Processo Penal, e o caso concreto se amolda a estas, sobretudo ao “fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”. Demonstrada a necessidade, e suficientemente justificada, não há que se falar em constrangimento ilegal. Assim, restou afastada a alegação de nulidade.

Não obstante, a referida decisão foi proferida por maioria, eis que um dos desembargadores da Câmara Criminal do TJRS entendeu que era caso de reconhecer a nulidade alegada.

O voto divergente exarou entendimento no sentido de que a necessidade de manter o réu algemado durante a sessão de julgamento deveria ter sido melhor fundamentada pelo juiz presidente, já que as algemas devem ser usadas apenas excepcionalmente, nos termos da súmula vinculante supramencionada, também considerando que o uso das mesmas impressiona os jurados de forma desfavorável ao acusado.

---

<sup>21</sup> Súmula 11, STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2015).



De outro lado, acosta-se um caso semelhante com nulidade reconhecida em razão do uso de algemas pelo réu em plenário:

Ementa: APELAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. USO DE ALGEMAS. Dispõe a Súmula Vinculante n. 11 do STF que "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado". E especificamente ao procedimento do júri, disciplina o artigo 474, § 3º, do CPP, que "não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes." A manutenção das algemas durante audiência de instrução e julgamento é, por isso, medida excepcional e admitida apenas quando fundamentada a necessidade em dados objetivos e concretos dos autos, vedada a fundamentação abstrata, genérica ou vinculada a fatos ocorridos em outros feitos. No caso, ausente qualquer dado concreto a justificar a permanência das algemas, resulta impositiva a anulação do júri. Nulidade declarada. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, 2015).

Neste referido acórdão o TJRS acolheu, por unanimidade, a preliminar de nulidade, desconstituiu o julgamento e determinou seja o réu submetido a novo Júri.

A Câmara Criminal entendeu ser de competência do magistrado a análise do caso concreto, para avaliar a necessidade ou não do uso de algemas, e nos fatos de competência do Júri, deve ser absoluta essa avaliação. Porque, segundo o entendimento do relator, a manutenção do réu algemado requer fundamentação vinculada ao processo julgado. Admitir a fundamentação genérica, abstrata ou vinculada a outros acusados ou processos criminais, como foi o caso, acabaria por retirar qualquer eficácia dos dispositivos legais, quais sejam, o artigo 474, § 3º CPP e Súmula 11 do STF.

No caso, os julgadores entenderam não ter sido o suficiente o motivo para o uso de algemas em plenário o fato do réu ser acusado por homicídio qualificado, porque, por esse delito, respondem inúmeros outros réus submetidos ao Tribunal do Júri. Ainda, nada nos autos indicava ser o acusado integrante de alguma organização criminosa, que pudesse supor crível uma ação orientada a resgatá-lo, ou a existência de um risco de fuga, ou ainda qualquer risco à integridade das testemunhas, dos jurados ou dos atores jurídicos, já que o ato contava com a segurança de dois policiais militares devidamente armados.

A manutenção das algemas, conforme constou da ata de julgamento, guardou relação não com o acusado ou com um determinado risco inerente a retirada das algemas dele especificamente. Mas pelas limitações do local onde realizada a sessão de julgamento e ao risco genérico de fuga, a ponto de constar na fundamentação referência a uma tentativa de fuga de outro réu com problemas de locomoção em um julgamento anterior, que teria gerado dificuldades aos policiais para sua contenção.

Por fim, a decisão justifica que a Súmula 11 do Supremo Tribunal Federal é justamente para evitar o uso desmedido das algemas, impedindo as autoridades de recorrerem a esse instrumento corriqueiramente, em prejuízo dos acusados. É sim, um instrumento de segurança que deve ser utilizado apenas excepcionalmente, quando efetivamente necessário.

Encerrada a apresentação de alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é chegado o momento de adentrarmos no último tópico desse capítulo, que trata das intercorrências resultantes do manejo das nulidades no meio jurídico-social.

### **3.3 Implicações jurídico-sociais decorrentes das nulidades**

Abordar as implicações jurídico-sociais decorrentes das nulidades requer muito cuidado e atenção. A questão é complexa e está muito ligada a noção de justiça intrínseca a cada um de nós. As decisões processuais afetam a concepção do justo e o crédito na prestação jurisdicional fornecida pelo Estado. No entanto, a discussão é válida porque com o debate se pode avaliar a atual sistemática em alguns pontos negativos, positivos e propor alterações para que ela seja mais efetiva e justa.

Pelo contexto apresentado percebe-se que as defesas na forma de aplicação do sistema de nulidades possuem pontos críticos e relevantes, alguns extremos. Como, quando em um ponto defendem a absoluta aplicação das garantias constitucionais, mesmo que transforme o processo em um fim em si mesmo, e do outro alega a preservação das arbitrariedades do Estado, com a justificativa de que fazer justiça é chegar ao deslinde processual.

Informa-se, também, que o maior resguardo garantista é em relação aos direitos e garantias do acusado. É legítima, louvável e com essência de função social a ferrenha

proteção ao mais vulnerável na relação processual. No entanto, muitas vezes, a busca pelo reconhecimento das nulidades processuais, tornou-se atividade primária de muitos processualistas penais, com a atuação dos operadores do direito, voltada ao mister de nulificar atos ou tornar nulo o processo, por si só.

De outro lado, a linha conservadora questiona se o reconhecimento das nulidades processuais alcança a real efetividade da prestação jurisdicional, em consonância com a finalidade do Direito Penal e do Processo Penal. Porque seria ela uma forma de causar injustiça no tramite processual pela interferência direta na lide. Em contraponto, revela-se que a função das nulidades é a de evitar arbitrariedades na prestação jurisdicional destinada pelo Estado,

[...] o objetivo mais importante do sistema de nulidades é o de limitar o poder punitivo do Estado, impedindo o arbítrio que com a tipificação dos atos processuais e a prescrição legal das formas, acaba sendo um dos meios mais eficazes para realizar esse ideal [...] (NASSIF, 2012, p. 12-13).

Tudo para assegurar que esse ente não faça uso discricionário atinente a forma/tramite processual, pois ele na esmagadora das vezes, é que detém o maior poder, é a parte mais forte na disputa de forças no processo criminal, onde estão envolvidos bens caros ao indivíduo, seu tempo e sua liberdade.

Essa proteção da base inquisitorial é o processo como ferramenta de aplicação da lei penal para que o mesmo alcance o fim para o qual foi proposto. Esse resguardo garante o aproveitamento de atos que mesmo com vício não apresentem prejuízos, oferecendo, assim, maior celeridade, economia e objetividade. Por outro lado acaba por justificar a conservação de um processo penal em função da pena, o que não se coaduna com todos os preceitos e garantias constitucionais.

Enquanto em um viés temos os defensores absolutos das garantias constitucionais, que não admitem relativização/flexibilização do sistema de nulidades como meio para garantir que a forma seja a estabelecida pela lei, afirmando que o processo penal é um instrumento para aplicação da Constituição, (LOPES Jr. 2010, p.1). De outro giro temos aqueles que defendem um sistema com certo caráter inquisitorial, em que a instrumentalidade é utilizada para

garantir o procedimento em detrimento da forma, aceitando atos com vício sob alegação de buscar a efetividade do processo com a avaliação do mérito da ação penal.

Como visto, temos as duas defesas presentes nos casos práticos, trazidos para esse trabalho, tanto nos de reconhecimento, como os de não acolhida de nulidades. Todos foram julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Não são muitos os citados para uma conclusão definitiva sobre a matéria, mas podem-se tecer algumas considerações, porque são casos semelhantes com decisões totalmente distintas. Sem dúvidas essas diferentes decisões judiciais causam um gravame inaceitável para a justa prestação jurisdicional – a insegurança jurídica – e a consequente descredibilidade no Poder Judiciário.

O contexto que envolve o direito penal e sua efetivação através do processo penal precisa de segurança jurídica, para o bem da justiça e do próprio estado de direito. A segurança jurídica é um direito fundamental do cidadão. Implica normalidade, estabilidade, proteção contra alterações bruscas numa realidade fático-jurídica. Significa a adoção pelo estado de comportamentos coerentes, estáveis, não contraditórios.

Assim, é simples perceber que com a imprevisibilidade das decisões judiciais, além da violação a segurança jurídica, há a violação da confiança que o cidadão tem nos atos emanados do Poder Judiciário.

Em sendo assim, como equilibrar o uso das nulidades com a efetiva e justa prestação jurisdicional dentro de um processo balizado pelos princípios constitucionais de garantias, para oferecer segurança e lisura ao processo legal, com ampla defesa e regular apreciação do mérito?

Pode-se apresentar duas respostas para enfrentar a insegurança e discricionariedade descomprometida, uma imediata e outra a longo prazo e mais sólida. A imediata está na “análise e interpretação judicial criativa” (FALAVIGNO, 2015), no julgamento dos casos concretos, diante dos quais, qualquer magistrado pode/deve, aplicar as normas em comum acordo com a Constituição; a outra resposta é uma renovação legislativa no sistema de nulidades processuais, para ficar conforme os preceitos constitucionais. (GLOERCKNER, 2015).

A projeção imediata é proporcionada pelo julgador que em situações onde há conflitos entre as normas constitucionais e infraconstitucionais necessita fazer o que Falavigno (2015, p. 137) denomina de “interpretação judicial criativa”, porque,

Em matéria de preservação de garantias individuais, tema recorrente na solução de casos que envolvem direito penal, muitas vezes pode – e deve – o magistrado, sim, exercer uma função contramajoritária, nos limites do caso em análise, e no sentido de ampliação das garantias. (FALAVIGNO, 2015, p. 128).

É urgente essa decisão constitucionalizada, já que o magistrado está próximo e envolvido com as partes no processo, é atuante direto na aplicação e interpretação da lei e deve primar pela solução mais justa do conflito. Essa avaliação é a que se apresenta mais segura, se for condicionada com o respaldo das garantias constitucionais. Não se pode admitir que com quase 30 anos do advento da Constituição Federal, ainda há julgados fundamentados exclusivamente e restritivamente no Código de Processo Penal, em detrimento das garantias constitucionais, tão caras na matéria penal.

De outro norte, urge que o sistema jurídico das nulidades seja revisado e atualizado para diminuir a insegurança que se instala na relação processual, pois “na prática, sofre constantes abalos em face das variadas interpretações de seus objetivos e carga teleológica.” (NASSIF, 2012, p. 16). Foi idealizado para garantir que a forma processual fosse respeitada e assim conferir clareza e paridade de armas entre as partes durante o trâmite do Processo Penal. No entanto, com a possibilidade de ser aplicada com fundamento restritivo ao Código de Processo Penal, e também de ser conhecida balizada na Constituição Federal de 1988, causa discrepâncias nas interpretações judiciais, que ocasionam insegurança jurídica. A incerteza e a insegurança das decisões afetam o réu, o ofendido, a própria efetividade da prestação jurisdicional e também o meio social.

Dessa forma, para que seja legalizada e de duradoura mudança, o sistema de nulidades requer uma renovação legislativa que seja suficiente para operar e superar o modelo posto, causador de insegurança e prejuízo. Não se pode continuar com o modelo vigente de nulidades, visto que facilita a discricionariedade que gera decisões discrepantes em fatos semelhantes. Além de ser, em vários pontos, incompatível com um modelo constitucionalizado de processo. Nesse contexto em que se encontra a teoria de nulidades condiciona séria crise nos seguintes pontos: “represamento dos novos valores no processo

penal; obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no processo penal.” (GLOECKNER, 2015, p. 430).

Ante um ordenamento jurídico renovado e adequado que dificulte a discricionabilidade, assim como requer Gloerckner (2015), com a previsão de preceitos normativos gerais e específicos, podemos alcançar estabilidade e conseqüente segurança jurídica, uma vez que em geral há regras previamente definidas para a resolução dos conflitos de interesses, com concreta homogeneidade nas decisões.

Por todo o descrito até aqui, verificou-se que a problemática está muito além de responder qual defesa é mais efetiva, justa, digna e satisfatória. Como temos essas duas vertentes e com fundamentações aceitas no nosso sistema penal, pode-se perceber a partir dos acórdãos analisados que a maior intercorrência jurídica que gera a declaração ou não de uma nulidade é a **insegurança jurídica** (grifo nosso), por ser avassaladora para o acusado e causadora de descrença na efetividade jurisdicional.

Convém ainda, abordar a descrença na prestação jurisdicional. Ela é outra intercorrência que gera a possibilidade de dúplice aplicação do sistema de nulidades, pois afeta a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade, tendo-se em conta que o mencionado poder é essencial para o estado democrático de direito.

O reconhecimento de nulidade processual, notadamente em processo que segue o rito do Tribunal do Júri, e, por conseguinte, o atraso no andamento processual e análise de mérito do processo, ocasiona a perda da credibilidade do Poder Judiciário.

De efeito, é imensa a dificuldade de explicar à sociedade a justificativa para um processo penal tramitar durante um longo período e ter decretada a sua nulidade, sem que o mérito seja apreciado. Considerando a importância do Poder Judiciário para garantia do estado democrático de direito, toda situação que implique em descrédito do mencionado poder, enfraquece a própria democracia.

Por tudo, vale mencionar que as considerações e as propostas trazidas não tem a intenção de apresentar respostas, tão pouco apontar o que seria a justa forma de aplicação das nulidades, até pela complexidade da questão. A intenção foi de pesquisa para aclarar, mesmo

que brevemente, as duas principais veias de entendimento, à extensão, as consequências e os propósitos do sistema das nulidades.

Por fim, constata-se que as duas correntes são importantes para a construção de um moderno processo penal, em sintonia com um Estado Democrático de Direito, pois ao provocar a discussão do tema, atentam para os problemas existentes no sistema e apontam que se precisa lutar pelas garantias para um processo justo e legal. Com oferta de justiça ao meio social sem transformar o processo em um fim. Que é necessário trabalhar para que ele seja instrumento com todo respeito a forma, a Constituição e a prestação jurisdicional. Sugerem que encontrar o equilíbrio para garantir um processo legal, que culmine em uma decisão de mérito sem intervenções arbitrárias do Estado, é um dos maiores desafios para os atuantes em Processo Penal na atualidade, principalmente porque temos um ordenamento infraconstitucional que mantém conservação arraigada nos julgadores o que proporciona decisões não adaptadas às normas constitucionais.

## CONCLUSÃO

Chega ao fim um trabalho que trata sobre um dos temas mais tormentosos e complexos para a compreensão do Direito Processual Penal, o que diz respeito às nulidades, pela importância da repercussão de seu decreto para o réu, ao órgão acusador, defensores, julgadores e para o processo. Nessa relação processual entre acusação e defesa em busca de uma sentença condenatória ou de absolvição está o instituto das nulidades processuais, através do qual, com uma declaração de nulidade, afeta inevitavelmente e imensuravelmente o interesse das partes.

Com o decorrer deste percebe-se que no processo penal se defrontam duas diferentes visões da utilização da máquina penal: para a primeira, o processo é um complexo de garantias que tutelam o cidadão/acusado, já que o Estado através da prestação jurisdicional deve oferecer o máximo de garantias para que o processo não condene inocentes; para a segunda, que se contrapõe, o processo é o instrumento para a aplicação do direito penal e não pode ser inutilizado com obediência irrestrita às formas, sob pena de não ser realizada a justiça pretendida na essência da lei penal.

Após análise de alguns casos julgados pelo Tribunal de Justiça – RS, em que situações semelhantes tiveram decisões distintas, geradoras de extrema insegurança jurídica, aponta-se como forma de diminuir o prejuízo, duas sugestões: de forma imediata a interpretação judicial criativa em cada caso concreto; com mais prazo, mas de forma mais decisiva e duradoura, a atualização e reforma do sistema de nulidades no processo penal.

Portanto, o sistema das nulidades precisa ser interpretado, revisado e atualizado de forma a diminuir injustiças na relação processual, para aplacar ou ao menos reduzir a



insegurança jurídica instaurada. Se a idealização do sistema de nulidades visa garantir que a forma processual seja respeitada e assim haja clareza e paridade de armas entre as partes durante o trâmite do Processo Penal, a incerteza na aplicação das causas de nulidade processual, com zelo restrito ao Código de Processo Penal sem interpretação conforme a Constituição Federal favorece discrepâncias nas decisões judiciais que não podem continuar. Até porque a insegurança jurídica afeta a todos os envolvidos no processo, notadamente o réu e o ofendido, com reflexos na efetividade e credibilidade da prestação jurisdicional e muitos efeitos negativos no próprio meio social.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. São Paulo: Método, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista dos Tribunais Online**. v. 60, Outubro de 1990. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3, Outubro de 2011. <[file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/RTDoc%20%2015-3-09%203\\_50%20\(PM\)%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/RTDoc%20%2015-3-09%203_50%20(PM)%20(2).pdf)>. Acesso em: 23 set. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 03 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 30 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 160. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_101\\_200](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200). Acesso em 23 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70061868493. Órgão julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. Julgado em 01/10/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70063499743. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator: Julio Cesar Finger. Julgado em 14/10/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70033984865. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 31/05/2011. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal Nº 70051975423. Órgão Julgador: Segundo Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Julgado em 14/08/2015. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70063807986. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 02/07/2015. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 28 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70054499553. Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 19/12/2013. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 02 nov. 2105.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** parte geral. v.1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **O novo Júri brasileiro**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIAS, Vanessa de Souza. **O processo penal no Estado Democrático de Direito**. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23949/o-processo-penal-no-estado-democratico-de-direito#ixzz3qIns6nck>>. Acesso em: 28 out. 2015.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades e sua adequação à instrumentalidade constitucional do processo penal**. Capítulo III. [S.l.]: Juspodivm, 2015. Disponível em: < [http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/14\\_SOLTAS.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/14_SOLTAS.pdf) >. Acesso em: 14 jun. de 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.2 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini; MAGALHÃES, Gomes Filho; SCARANCE, Fernandes. **As nulidades do processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. **Nulidades e limitação do poder de punir**: análise de discurso de acórdãos do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: [S. n.], 2008. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10923/1735>>. Acesso em: set. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.1, 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.2, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **A conformidade constitucional e convencional do processo penal**. III Congresso Jurídico de Bento Gonçalves, setembro de 2015. Disponível em: vídeo. <<https://www.facebook.com/CJBGRS/>>. Acesso em: 26 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **Os princípios de interpretação constitucional e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21213>>. Acesso em: 16 set 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASSIF, Aramis; NASSIF, Samir Hofmeister. **Considerações sobre nulidades no processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **O Formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo**. São Paulo: Revista Processo, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Máisa Carla Borges. **Da observância do princípio do prejuízo nas nulidades absolutas no processo penal**: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-constituição de 1988. Brasília: [S. n.], 2008. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/62/3/20553446.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Processo penal**: procedimentos, nulidades e recursos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROMANO, Rogério Tadeu. **As nulidades no processo penal**. [S. d.]. Disponível em: <[file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/Nulidades%20no%20Processo%20Penal%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/Nulidades%20no%20Processo%20Penal%20(1).pdf)>. Acesso em: 22 maio 2015.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo. **Revista jurídica**. Brasília v. 9, n.87, p.35-58, outubro/novembro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_87/artigos/pdf/leidemaria\\_rev87.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_87/artigos/pdf/leidemaria_rev87.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

TOVO, Paulo Claudio. **Nulidades no processo penal brasileiro**: novo enfoque e comentário. Porto Alegre: Fabris, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.