

Atualidade das nulidades no processo penal brasileiro

Adilson Pobel de Castro Junior*

Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de La Plata – Nação Argentina; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Veiga de Almeida; Professor de Graduação da Faculdade Doctum, Carangola, MG; Professor de Universitário da Universidade Iguazu, campus V. Advogado.

Leandro Silva Costa*

Doutorando em Ciências Jurídicas – Direito Público pela Universidade Nacional de La Plata – Nação Argentina; Mestre em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos; Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Campos; MBA em Negócios de Empresas, Petróleo e Gás pela Fundação Getúlio Vargas; Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Iguazu Campus V – Itaperuna/RJ; Advogado.

Carlos Jose Costa Castro*

Doutorando em Direito, pela Universidade Nacional de La Plata – Nação Argentina; Mestre em Relações Privadas e Constituição, pela Faculdade de Direito de Campos; Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Campos; Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da UNIG – Campus V/Itaperuna/RJ; Coordenador do PROCON/Itaperuna; Professor do Curso de Pós Graduação da Fundação São José; Professor do Curso de Pós Graduação da Faculdade Redentor; Professor Universitário da Universidade Iguazu – Campus V; Professor Universitário da Faculdade Redentor; Advogado.

Resumo

O presente artigo visou abordar o sistema das nulidades no processo penal brasileiro, abordando e classificando os atos processuais praticados com defeitos ou mesmo o ato desprovido de seus elementos identificadores. Enfrentam-se os conceitos, mas também as disposições constitucionais e infraconstitucionais com a consequência processuais da existência dos atos inexistentes, irregulares, nulidade relativa e nulidade absoluta. Por derradeiro, analisa-se o fenômeno das alterações conceituais, proporcionado pela jurisprudência evolutiva, entrelaçando conceitos clássicos com novos e diferentes fundamentos hodiernos e sua consequência constitucional-processual.

Palavras-chave: Nulidades, norma constitucional, norma infraconstitucional, prejuízo, ampla defesa, contraditório.

Abstract

His article aimed to address the system of nullities in criminal proceedings Brazilian, addressing and sorting the procedural acts practiced with defects or even the act devoid of their identifiers. Face the concepts, but also the constitutional provisions and from infraconstitutional with the procedural consequence of the existence of non-existent acts, irregular, nullity relative and absolute invalidity.

Keywords: Nullities, constitutional norm, standard or infraconstitucional, prejudice, wid defense, contradictory.

1 Introdução

Tormentoso, constitui devido vocábulo capaz de substanciar o atuar do judiciário frente às invalidades no processo penal brasileiro, pois os atos processuais defeituosos carregam tamanha complexidade que podem suscitar a desconsideração de toda relação processual, desde sua origem, quem sabe após anos de demanda.

Este temor, que circunda o magistrado criminal durante toda a demanda, por outro lado, forjam relativizações divorciadas dos preceitos fundamentais do processo penal constitucional, guardião dos direitos fundamentais iminentes ao devido processo legal.

Importante não distanciar do estudo das nulidades que o processo penal brasileiro possui status de formal, titularizando regras específicas prevista em lei, desiderando garantir as partes o correto desenvolvimento dos processuais, vedando abusos do magistrado, que estribado no princípio do impulso oficial, preside a relação processual.

Desta forma, as nulidades no processo penal incidem sobre o juízo sobre as provas, consagra o princípio do contraditório e da ampla defesa, consubstanciado no devido processo legal.

A demasiada relevância das regras previamente definidas e as consagradas formalidades, garantem que o Estado, representado na pessoa do magistrado, não cerceará ou mitigará a liberdade das partes na produção probatória, bem como evitar o abuso na atuação da acusação ou mesmo da defesa, durante o desenrolar da demanda penal.

O ato processual há de guardar consonância com a Constituição Federal e com as leis processuais penais, assegurando as partes, mas também a coletividade, a existência de um processo justo, para uma maior segurança jurídica e previsibilidade para o sistema processual.

Sobre as nulidades, o Código de Processo Penal Brasileiro não presta auxílio ao confronto da consonância exigida dos atos processuais, pois seu nascedouro, em 1941, não encontra conformidade com a ordem constitucional promulgada em 1988.

A jurisprudência sobre o tema volve-se ao *status* de uma má sistemática legal, pela indevida influência das regras de processo civil, importada e inequivocamente inadequada ao processo penal, por seus disparantes fundamentos objetivos.

A utilização das normas do direito processual civil as nulidades do direito processual penal chamada de “superficialização da teoria geral do processo, que costume construir categorias comuns distantes das razões políticas”, apresentam-se incompatíveis com a especificidade do processo penal.

Sobre as conseqüências das práticas defeituosas dos atos processuais penais, a doutrina elenca as meras irregularidades, as nulidades relativas, as nulidades absolutas e a inexistência.

Categorizar o ato processual defeituoso faz-se imperioso para o deslinde do ato ou da própria relação jurídica processual, culminando com seu desprezo, repetição, desentranhamento ou reiniciação de toda relação processual.

A tipicidade, pilar do direito penal, também se revela essencial no âmbito processual penal. Sua correspondência a idéia de que o ato processual deva ser praticado em consonância com a Constituição Federal e com as leis processuais penais.

Ada Pellegrin Grinover (2009, p.) afirma que

a tarefa de aplicar o direito as situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais; ao contrário, a atividade processual também é regulada pelo ordenamento jurídico, através das formas que deve ser obedecidas pelos que nela intervêm. Nesse sentido, afirma-se que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que esta atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo.

Para o desenvolvimento do tema, serão utilizados autores como: Ada Pellegrini Grinover, Aury Lopes Jr, Guilherme de Souza Nucci, Eugenio Pacelli, Renato Brasileiro, Luigi Ferrajoli, Paulo Rangel, Antonio Scaranze Fernandes.

2 Atos processuais qualificados como meras irregularidades

Determinados defeitos nos atos processuais são qualificados como de mínima ou nenhuma relevância para o desenvolver processual, concluindo que em nada houve afetado o ato processual praticado.

Desta forma, surgem os atos processuais irregulares, que na definição de Aury Lopes Jr (2013, pag. 929),

são aqueles em que o defeito não compromete a eficácia do princípio constitucional ou processual que ele tutela, sendo, portanto, uma mera irregularidade formal sem conseqüências relevantes.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 768) os qualifica como

infrações superficiais, não chegando a contaminar a forma legal, a ponto de merecer renovação. São convalidados pelo simples prosseguimento do processo, embora devam ser evitados. Ex: ausência de entrega de copia da pronuncia dos jurados, embora imposto pelo artigo 472 do CPP, parágrafo único, onde é natural que se trate de uma situação não comprometedora da regular instrução, uma vez que os jurados podem ser cientificados da acusação durante a manifestação do promotor e ter noção do alcance da pronuncia durante o julgamento. Enfim, atinge-se o objetivo previsto da norma por outros meios.

Extrai-se que o ato processual, apesar de sua pratica defeituosa, não atinge o comando da norma, pois os posteriores e imediatos atos processuais levarão aos jurados todo o o conteúdo da decisão de pronúncia.

Renato Brasileiro (2013, p. 1579), aponta como ato processual irregular as abreviaturas, que embora proibidas no artigo 169, § 1º, do CPC, são utilizadas, mas em o condão de macular o processo.

Paulo Rangel (2013, p. 941), aponta que “a alteração trazida pela Lei 11.7919/2008, que nos processos de crimes sujeitos a detenção, as alegações finais devem ser realizadas na modalidade oral, mas se efetivadas por memoriais, não geram qualquer prejuízo, pois o fim foi colimado”.

Emerge dos atos irregulares, mínima ou nenhuma macula ou prejuízo a marcha processual ou as tutelas constitucionais ou processuais, as parte.

3 Atos processuais tidos por Inexistentes

Considerados por alguns como à margem nos estudos da nulidade, os atos inexistentes, são aqueles que afrontam tal gravemente a lei que não são considerados como atos processuais.

Sua concepção, tão desprovida de tipicidade de ato processual, tão distante do mínimo legal exigido para o ato processual, que não suportam convalidação, pois não podem ser aproveitados e nem mesmo há necessidade de decisão judicial para sua invalidação.

São concebidos com a falta de elemento essencial para o ato a ponto de não possuir suporte mínimo para o ingresso no mundo jurídico.

Franco Cordero (2000, pag. 413), considera-os

“não atos” ou “fantasmas verbais”, em que não se discute a validade/invalidade, pois a inexistência constitui um problema que antecede qualquer consideração sobre o plano de validade.

Os exemplos dos atos inexistentes mais presentes se apresentam com sentença, que respeitando seus requisitos do artigo 381 do CPP, não possui sua parte dispositiva ou sentença sem assinatura do magistrado, audiência presidida por promotor de justiça ou advogado, recurso interposto por advogado sem procuração.

4 Nulidades Relativas

Classicamente, quando o defeito do ato processual não se apresentar como grave, ferindo norma infraconstitucional que tutele interesse preponderante das partes, cabendo a estas, segundo senso comum arraigado, demonstrar o prejuízo processual titularizado.

Giovanni Leone (1989, pag. 714), define as nulidades relativas “como aquelas que só podem ser deduzidas pela parte que tenha interesse na observância da disposição violada, não sendo reconhecíveis de ofício e são sanáveis”.

Doutrina e jurisprudência elencam os atos jurídicos passíveis de adequação as nulidades relativas:

- Quando viola norma que tutela um interesse essencialmente da parte, ou seja, um interesse privado;
- Não poderá ser reconhecida de ofício, dependendo da postulação da parte interessada;
- É possível a convalidação pela inércia da parte interessada;
- Necessidade de demonstração do prejuízo.

Doutrina abalizada e o Superior Tribunal de Justiça (HC 127.000/MG, Rel. Min, Felix Fischer, j. 07/05/2009, Dje 31/08/2009) sustentam que somente a argüição da nulidade no momento oportuno e efetiva demonstração do prejuízo suscitarão o reconhecimento judicial da nulidade.

Quanto ao momento oportuno, o artigo 571 do CPP, expressamente, substancia este requisito fundamental para o reconhecimento das nulidades relativas, com as devidas observações quanto as alterações legais advindas sobre o Código de Processo Penal:

Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;

Com as alterações advindas da Lei 11.689/08, o artigo 571, I, deve ser interpretado nos seguintes termos: “as nulidades relativas a instrução criminal da 1ª fase do procedimento do júri, ocorridas após a apresentação da resposta à acusação, devem ser argüidas em sede de alegações orais (CPP, artigo 411, parágrafos 4º, 5º e 6º), sob pena de preclusão;

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

Com a Lei 11.719/08, as alegações finais foram substituídas por alegações orais, que ser devem ser apresentadas ao final da audiência de instrução e julgamento, artigo 403. Todavia, dependendo da complexidade da causa ou numero de acusados, poderá ser deferido pelo magistrado alegações por memoriais;

III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;

IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;

VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Existe, expressamente, momento para arguição de cada possível ato processual defeituoso qualificado como nulidade relativa.

Existe ainda no ordenamento processual pátrio uma tentativa de tipificação dos casos de nulidade relativa. Nas diretrizes extraídas das normas contidas nos artigos 564 e 572 do Código de Processo Penal, doutrina de Guilherme Nucci, substanciando dominante pensamento nacional, elenca:

- a) Falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nas demandas pela parte ofendida, quando se tratar de ação penal pública;
- b) Não concessão de prazos legais à acusação e à defesa, para manifestação ou produção de algum ato;
- c) Falta de intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento a revelia [a falta de intimação do réu pode gerar a nulidade, porem a lei não mais exige o comparecimento pessoal];
- d) Ausência de intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, conforme estabelecido em lei [atualmente, passa-se a considerar a ausência de intimação das testemunhas arroladas pelas partes na fase do artigo 422 do CPP, pois foram suprimidos o libelo e a contrariedade];
- e) Omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Aury Lopes Jr (2013, pag. 933), critica o elenco das possíveis nulidades relativas contidas nos artigos 564, aduzindo que

o ponto nevrálgico nessa matéria é que nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta à luz da principiologia constitucional. Daí porque qualquer tentativa de definição a priori é

extremamente perigosa e reducionista. Isso, por si só, já fulmina a eficácia do artigo 564 do CPP.

Acrescente o processualista que

o artigo 564 é, atualmente, imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas. Como muito, serve de indicativo, a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos.

Entretanto, além da incidência no elenco das potencias nulidades relativas, dentro de uma perspectiva teórica, a desobediências as formas previamente estabelecidas pelo legislador só devem conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade do ato pelo qual foi instituída estiver comprometida pelo vício, ensina Ada Pellegrini Grinover e outros (1992, pag. 31), há muito consagrado na doutrina pátria.

Desta forma, o ato somente será judicialmente declarado nulo se causar prejuízo e não atingir o fim previsto.

4.1 Necessidade de prejuízo na nulidade relativa

Oriundo da doutrina francesa, o princípio do prejuízo, *pas de nullité sans grief*, positivado no Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 563, também é traduzido para o ordenamento pátrio por Paulo Rangel (2013, pag. 942)

o princípio do prejuízo significa dizer que não há que se declarar a nulidade de um ato se, de sua imperfeição, ou defeito, enfim, de sua atipicidade, não resultar prejuízo à acusação ou à defesa.

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ainda sobre o princípio do prejuízo, Jacinto Nelson Miranda de Coutinho (2001, pag. 44), em visão crítica e atual, sempre defendeu que “prejuízo, em sendo um conceito jurídico indeterminado (como tantos outros dos quais esta prenhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí, não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas”.

A crítica elencada guarda sintonia com o humor jurisprudencial atual, que cinge-se de fundamentos outros, mas divorciados dos preceitos constitucionais ou infraconstitucionais para sintetizar o que seria prejuízo na demanda penal interposta.

Em julgado recente, Habeas Corpus 132.254/SP, Relatoria da Ministra Laurita Vaz, em decisão colegiada unânime da 5ª turma do STJ, publicada em 21.06.2010, foi prolatada:

[...] não há nulidade processual sem demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo para o réu, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal. Trata-se do princípio de direito pas de nullité sans grief. Apesar da legislação garantir ao interrogado a previa entrevista com o seu defensor (artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal), não pode ser declarado nulo o ato ora impugnado, uma vez que, não audiência em questão, a Paciente – acompanhada de advogada nomeada pela magistrada singular – negou a autoria do crime que lhe fora imputado, não evidenciando nenhum prejuízo ao devido processo legal. A defesa não impugnou o interrogatório no momento apropriado, isto é, na primeira oportunidade posterior ao ato considerado nulo. Na verdade, a defesa não apontou o problema nem nas alegações finais, nem nas razões de apelação, conforme se depreende dos relatórios da sentença e do acórdão. Portanto, evidencia-se a preclusão da matéria. Ordem negada.

Emerge do presente julgado, que um advogado dativo foi nomeado, que não conhecia o contexto fático trazido a juízo, não entrevistou o acusado, culminando com o não conhecimento dos fatos na ótica do acusado, em flagrante vilipêndio aos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório!

Ampla defesa, nos termos do artigo 5º, LV, da CF, que, doutrinariamente se desdobra em autodefesa e defesa técnica.

Na autodefesa, robustecida pela Lei 11.719/08, o acusado pode expor sua versão dos fatos, contribuindo para a formação intelectual da prolação da sentença.

O artigo 8º, 1, do Pacto de São Jose da Costa Rica – Decreto 678/92, norma que inspirou o dispositivo constitucional, já consagrava o direito do acusado a ser ouvido pelo juiz da causa.

Ainda na ampla defesa, há a necessidade da defesa técnica, a participação de um defensor regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil em todos os atos do processo, nos termos do artigo 261 do CPP.

Entretanto, a participação deste defensor devera constituir *status* de efetiva, combativa, como define o parágrafo único do artigo 261, que expressamente exige manifestação fundamentada do defensor publico ou dativo, não bastando a presença física do patrono.

Ainda neste sentido, Enunciado da Sumula 523 do STF dispõe que “no processo penal, falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulara se houver prejuízo para o réu”.

A Suprema Corte Nacional pretendeu, no ano de 1969, nortear a necessidade de defesa técnica efetiva, com real eficácia defendente ao acusado.

Ainda o Supremo Tribunal Federal, em 2003, (Habeas Corpus 82.672/RJ, Relatoria do Ministro Marco Aurélio, Informativo STF no. 325, 2003, p. 2), concedeu a ordem para anular o processo porque o defensor limitou-se ao pedido de condenação mínima, caracterizando ausência de efetiva defesa.

Cristalina, nos idos de 2003, a posição do STF quanto a efetividade da defesa, não bastando o pleito formal, mas perquirindo a essência do objeto do processo penal, *a jus libertatis*.

No campo processual e, essencialmente constitucional, o julgado trazido do Superior Tribunal de Justiça data do ano de 2010, consubstanciado mais recente posição desta Corte, suplantando diretrizes do Tribunal que lhe é Superior hierarquicamente, porem, infortunadamente, apresentando posição preponderante no sistema processual pátrio.

Em síntese, para a decretação judicial da nulidade relativa, necessário a demonstração efetiva do prejuízo. Porem, o conceito de prejuízo, hodiernamente, sofre severas e justas críticas, pois não há um norte estribador do que efetivamente constitua prejuízo, a luz da ordem processual.

Constitui expressa norma constitucional garantidora

5 Nulidades Absolutas

Clássico conceito de nulidade absoluta fornecido por Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 22), sendo

aquela que viola norma protetora de interesse público com status constitucional (devido processo legal, ampla defesa, contraditório), onde grande parte da doutrina entende que o prejuízo é presumido. Nessa linha, observa ainda Ada Pellegrini que a atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos a observância dos direitos fundamentais e das normas de ordem pública, não sobrando espaço para meras irregularidades sem sanção ou nulidade relativa.

Extrai-se desse conceito duas características fundamentais:

1^a – Prejuízo presumido.

O festejado princípio do prejuízo, *pas de nullité sans grief*, que impede a declaração judicial de nulidade se não demonstrado o concreto prejuízo, se faz presente e presumido.

As regras imanescentes a nulidade absoluta envolvem-se a gravidade da atipicidade processual, não necessitando de qualquer alegação da parte interessada, devendo ser reconhecida de ofício pelo magistrado em qualquer grau de jurisdição, pois o prejuízo é manifesto.

Os exemplos mais comuns colhidos nos tribunais rumam a violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, substanciados pela jurisprudência na ausência de alegações finais pelo defensor (ou dos debates orais), colidência de teses entre réus diferentes, mas com único patrono, perícia realizado por perito não oficial, as sentenças proferidas por juiz incompetente.

Entretanto, positivado no Código de Processo Penal, nos art. 564 em combinação com o art. 572, são consideradas nulidades *absolutas*

- a) por incompetência, suspeição ou suborno do juiz (art. 564, I);
- b) por ilegitimidade de parte (art. 564, II);
- c) por falta de denúncia ou queixa e representação (art. 564, III, a);
- d) por ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios (art. 564, III, b);
- e) por falta de nomeação de defensor ao réu presente, quando não o tiver, ou ao ausente (art. 564, III, c). Ressalve-se que a parte referente ao curador foi eliminada, pois não há mais necessidade de sua presença, já que o maior de 18 anos é plenamente capaz, conforme preceituado pelo novo Código Civil;
- f) por ausência de citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente (art. 564, III, e);
- g) falta da sentença de pronúncia, o libelo [hoje não mais existe essa peça] e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas [não há mais tal procedimento], nos processos do Júri (art. 564, III, f);
- h) ausência de pelo menos quinze jurados para a instalação da sessão de julgamento no Tribunal do Júri (art. 564, III, i);
- i) falta do número legal de jurados do conselho de sentença e sua incomunicabilidade (art. 564, III, j);
- j) ausência dos quesitos e as respectivas respostas (art. 564, III, k);
- l) falta de acusação ou defesa na sessão de julgamento do Júri (art. 564, III, l);
- m) ausência da sentença (art. 564, III, m);
- n) falta de recurso de ofício, nos casos estabelecidos em lei (art. 564, III, n);
- o) ausência de intimação para ciência de sentenças e decisões de que caiba recurso, na forma da lei (art. 564, III, o);
- p) falta de *quorum* para a instalação da sessão nos tribunais (art. 564, III, p);
- q) deficiência dos quesitos ou suas respostas, e contradição entre estas (art. 564, parágrafo único).

Do elenco acima, com a prática do ato processual, há a presunção de prejuízo.

Entretanto, mesmo diante da preponderante posição doutrina do imanente prejuízo advindo destes atos processuais, o Supremo Tribunal Federal tem diversos precedentes no sentido de que o prejuízo deve ser comprovado pela parte interessada, inclusive nestas hipóteses de nulidade absoluta.

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Recurso improvido. (STF, 2ª turma, RHC, 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, DJe 61 23/03/2012).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. 1. Interrogatório do Paciente realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 2. Ausência de desarmonia entre o que decidido na sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Milita e as provas colhidas, entre as quais o interrogatório do Paciente no juízo deprecado. Inexistência de afronta ao princípio da identidade física do juiz. Precedente. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização. 3. Pretensão de deslocamento do Paciente ou do Conselho Permanente de Justiça para ouvi-lo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual

não é possível reexame de provas em habeas corpus. 4. Ordem denegada. (STF, 1ª turma, HC 107.769/PR, Rel. Min. Carmem Lucia, j, 18.10.2011, DJe. 225 25/11/2011).

6 Conclusão

O sistema das nulidades no ordenamento processual penal pátrio vem sofrendo de veras alterações legislativas, mas essencialmente em seus ventos propulsores.

O que outrora não era reconhecido como não ato processual por não cingir-se de elementos formadores, hoje é qualificado por suas características de ato processual inexistente, mesmo mantendo sua irrelevância processual.

Os atos irregulares, que apresentam defeitos, mas os titulariza como inofensivos, incapazes de macular a forma descrita em lei, torna-se convalidado, eficaz, como o mero prosseguimento da demanda penal.

A grande dificuldade apresenta-se não nos conceitos de atos processuais contendo nulidade relativa ou absoluta.

O problema reside no fato do passar do tempo, pois as falhas conceituais, outrora inequivocamente classificadas como absolutas, hoje, podem volver-se ao status de relativas.

A tendência, hodiernamente, é o estreitamento do campo das nulidades absolutas e o alargamento das nulidades relativas.

Desta forma, embora uma nulidade absoluta continue a ter presumido seu prejuízo, a jurisprudência vem transferindo a determinadas situações antes tidas como de absoluto prejuízo, carga de ato processual cujo prejuízo necessita ser demonstrado.

Neste dias, o conceito de nulidade absoluta não se altera, entretanto, a classificação do ato processual se transforma de absolutamente em relativamente viciado.

REFERÊNCIAS

_____. DECRETO-LEI 3689/1941 – Código de Processo Penal.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. acesso em 04/07/2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scaranze. As nulidades no processo penal. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2013;
NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10ª edição. Rio de Janeiro, 2013.

BRASILEIRO, Renato Lima. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

CORDERO, Franco. Procedimento Penal. Bogotá: Temis, 2000.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editora EJE, 1989.

Superior Tribunal de Justiça (HC 127.000/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/05/2009, Dje 31/08/2009).

GRINOVER, MAGALHAES E SCARANZE. As nulidades no Processo Penal. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre. Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA (Habeas Corpus 132.254/SP, Relatoria da Ministra Laurita Vaz, em decisão colegiada unânime da 5ª turma do STJ, publicada em 21.06.2010).

DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. acesso em 05/07/2013. acesso em 05/07/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Habeas Corpus 82.672/RJ, Relatoria do Ministro Marco Aurélio, Informativo STF no. 325, 2003, p. 2).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2ª turma, RHC, 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, DJe 61 23/03/2012).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª turma, HC 107.769/PR, Rel. Min. Carmem Lucia, j. 18.10.2011, DJe. 225 25/11/2011).