

## UMA PERSPECTIVA CRÍTICA ACERCA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA EXIGÊNCIA DESCABIDA DA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO

A CRITICAL PERSPECTIVE ON NULLITIES IN THE CRIMINAL PROCEDURE:  
THE RELATIVIZATION OF FUNDAMENTAL GUARANTEES BASED ON THE  
UNREASONABLE REQUIREMENT OF PROOF OF LOSS

UNA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE LAS NULIDADES EN EL PROCESO  
PENAL: LA RELATIVIZACIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES A PARTIR  
DEL EXIGENCIA IRRAZONABLE DE PRUEBA DE PÉRDIDA

Gabriela de Oliveira das Neves<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se dedicou a analisar as relativizações de direitos e garantias fundamentais a partir do não reconhecimento das nulidades como absolutas, exigindo-se - de maneira descabida e cada vez mais - a demonstração do prejuízo para invalidade do ato. A pesquisa se funda na premissa de que não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do que é nulidade relativa e do que é nulidade absoluta, sendo a principal consequência a relativização dos direitos e garantias fundamentais. A partir de pesquisa bibliográfica-documental busca-se analisar o sistema penal atual, os fenômenos histórico-culturais que os permeiam e as concepções e implicações do instituto em estudo. Os resultados alcançados demonstram que as decisões dos tribunais são baseadas exclusivamente na ideia de não invalidade do ato e conseqüente repetição, mesmo que pra isso seja necessário a não observância dos regramentos processuais e constitucionais. Conclui-se que há emergência na uniformização das decisões e na observância dos diplomas legais, com conseqüente salvaguarda dos direitos de quem se sujeita ao processo penal.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Relativização. Nulidades.

**ABSTRACT:** This article was dedicated to analyzing the relativization of fundamental rights and guarantees based on the non-recognition of nullities as absolute, demanding - in an unreasonable and increasingly more so - the demonstration of the damage to the invalidity of the act. The research is based on the premise that there is no consensus in doctrine and jurisprudence regarding what is relative nullity and what is absolute nullity, the main consequence being the relativization of fundamental rights and guarantees. Based on bibliographical-documentary research, we seek to analyze the current penal system, the historical-cultural phenomena that permeate them and the conceptions and implications of the institute under study. The results achieved demonstrate that court decisions are based exclusively on the idea of non-invalidity of the act and consequent repetition, even if this requires non-compliance with procedural and constitutional rules. It is concluded that there is an emergency in the standardization of decisions and the observance of legal diplomas, with consequent safeguarding of the rights of those subject to criminal proceedings.

**Keywords:** Fundamental rights. Relativization. Nullities.

---

<sup>1</sup>Graduada em direito pela Universidade Federal de Pelotas e especialista em Execução Penal e Tribunal do Júri.

**RESUMEN:** Este artículo estuvo dedicado a analizar la relativización de derechos y garantías fundamentales basada en el no reconocimiento de las nulidades como absolutas, exigiendo -de forma irrazonable y cada vez más- la demostración del daño a la nulidad del acto. La investigación parte de la premisa de que no existe consenso doctrinal y jurisprudencial respecto de qué es nulidad relativa y qué es nulidad absoluta, siendo la principal consecuencia la relativización de los derechos y garantías fundamentales. A partir de una investigación bibliográfica-documental buscamos analizar el sistema penal actual, los fenómenos histórico-culturales que lo permean y las concepciones e implicaciones del instituto en estudio. Los resultados alcanzados demuestran que las decisiones judiciales se basan exclusivamente en la idea de la no nulidad del acto y su consiguiente repetición, incluso si esto exige el incumplimiento de normas procesales y constitucionales. Se concluye que existe una emergencia en la normalización de las decisiones y la observancia de los títulos jurídicos, con la consecuente salvaguarda de los derechos de los sujetos de procesos penales.

**Palabras chave:** Derechos fundamentales. Relativización. Nulidades.

## INTRODUÇÃO

Para que o Estado exerça de forma válida o seu papel de acusar, o ato processual deve obedecer a Constituição Federal, as convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e as leis processuais penais, garantindo ao acusado, e a toda a sociedade, um processo penal justo (LIMA, p. 1685, 2020).

Assim, é necessário que o processo respeite os traços essenciais definidos pelo legislador, pautando sua atuação de acordo com regras estabelecidas e com a observância ao devido processo legal, sob pena de perder o seu real objetivo: um resultado justo (LIMA, p. 1685, 2020).

Todo esse cuidado e exigência acerca da observância das formas processuais, visa assegurar os direitos e garantias fundamentais do acusado para que se possa aplicar com eficiência a coerção penal (LIMA, p. 1685, 2020).

O processo penal é marcado pela formalidade, por regras específicas e previamente determinadas em lei, de modo a garantir as partes o regular desenvolvimento dos atos ali praticados, sem que haja abuso por alguma parte ou excesso no impulso oficial do juiz (NUCCI, 2016, p. 488).

Nota-se, portanto, que a observância dos preceitos legais não é só para assegurar os direitos que todo o indivíduo que se submete a um processo penal tem, mas, também, para resguardar ao Estado o seu interesse em um processo célere e sem vícios, na busca da aplicação da sanção penal.

É exatamente desses termos que se destaca a importância das nulidades processuais. As nulidades podem ser compreendidas, em síntese, como uma espécie de sanção aos atos processuais defeituosos - aqueles que não se observou a tipicidade

das normas reguladoras na sua produção - cuja consequência, em regra, é a impossibilidade de produzir efeitos e o necessário refazimento do ato (LIMA, p. 1686, 2020).

As nulidades compõem sistema de análise necessária das provas e atos produzidos dentro do processo, resguardando, de forma integral, os princípios do contraditório e da ampla defesa, em vista de assegurar o devido processo legal. Sem o referido sistema, o Estado-juiz pode reprimir eventual atividade das partes, além de ficar impedido de atuar no abuso da acusação e defesa ao longo da instrução processual penal (NUCCI, 2016, p. 488).

Assim, percebe-se que o sistema de nulidades é importante e indispensável instrumento para obrigar as partes do processo a direcionar suas condutas aos modelos previamente expostos em lei, sob pena de sujeição - em tese - a invalidade do ato.

Embora pareça claro e fácil o instituto ora analisado, as nulidades processuais desencadeiam procelosa discussão, cuja teoria é insuficiente frente à complexidade do caso. É certo que existem nulidades relativas e nulidades absolutas (conforme veremos a seguir), cujos institutos preveem situações bem distintas na atuação processual frente à observância de uma ou outra, mas que, na prática, despertam confusão e são dependentes de entendimentos jurisprudenciais para sua aplicação.

O que se quer dizer, é que, ao falarmos de nulidades, o contexto não apresenta harmonia entre os preceitos legais e os pensamentos doutrinários e jurisprudenciais. A nulidade que o CPP considera absoluta, a doutrina e jurisprudência a leem como relativa, e, de outra banda, enquanto a doutrina afirma ser nulidade absoluta, CPP defende seu reconhecimento como relativa (NUCCI, 2016, p. 488).

Grave se releva a situação quando nos deparamos com as relativizações e distinções de entendimento - ditas absurdas pelo autor - feitas pelos juízes e tribunais diariamente, além da ausência de regulamentação do Código de Processo Penal Brasileiro e o baixo nível de conformidade com a Constituição Federal. (LOPES, JR., p. 752, 2016).

Podemos afirmar, pelo exposto, grande tensão existente no processo penal em compatibilizar o direito do Estado-acusação, de perseguir a responsabilização penal do acusado que supostamente violou a lei penal, com a observância do devido processo legal e das demais garantias fundamentais asseguradas, uma vez que há tendência natural em relativizar algumas violações e dispositivos da lei processual penal.

Havendo verdadeiro descompasso entre os institutos, a luz da doutrina, jurisprudência e dispositivos legais, cabe, por ora, analisá-los a partir de uma perspectiva crítica e da observância do caso concreto.

## **1. Nulidades**

### **1.1 Classificação das nulidades**

As nulidades são sanções aos vícios nos atos processuais, como a inobservância dos modelos típicos e a ausência de requisito indispensável para a prática de um ato processual, sendo as sanções variáveis conforme o grau do vício. Segundo maior parte da doutrina, essas sanções podem ser classificadas em nulidades absolutas e relativas. (LIMA, p. 1688 - 1690, 2020).

As nulidades absolutas são aquelas que violam uma norma cogente ou um princípio constitucional, podendo, por isso, ser reconhecidas de ofício pelo magistrado ou a requerimento da parte interessada em qualquer momento ou grau de jurisdição. Essa nulidade apresenta infração de interesse público na produção do devido processo legal e, dado o seu grau de vício, tem o prejuízo presumido (LOPES, JR., p. 1468-1470, 2020).

As nulidades relativas são aquelas que violam norma de interesse privado. Sendo assim, somente são reconhecidas mediante a argumentação da parte interessada, que deve demonstrar o prejuízo sofrido ante a negligência da formalidade legal. Além disso, se não alegadas no momento processual oportuno, as nulidades relativas podem ser convalidadas. (LOPES, JR., p. 1468-1470, 2020).

Apesar de a doutrina majoritária entender que o prejuízo é presumido ao depararmos com nulidades absolutas (conforme supramencionado), o STF afirmou em diversos precedentes que o prejuízo deve ser demonstrado pela parte interessada em toda e qualquer situação. (AVENA, p. 2037, 2020).

Ainda ante a classificação apresentada, esta, segundo a doutrina é inadequada para o processo penal, em razão de que advém de uma matriz do direito civil e da estrutura dos atos jurídicos. Além disso, esta classificação gera confusão entre conceitos, tendo em vista que no processo penal não há como existir formas que protegem interesses privados, uma vez que todos os atos são de interesse público, pois

tutelam direitos fundamentais garantidos na Constituição e nos tratados internacionais. (LOPES, JR; p. 1479-1480, 2020).

## 1.2 Princípios que regem as nulidades

As nulidades processuais encontram suas bases em princípios, sendo eles baseados na Constituição Federal e em artigos do Código de Processo Penal. Abordaremos aqui alguns dos principais princípios que regem o tema ora analisado.

O primeiro princípio que se aborda, é o princípio da tipicidade das fontes, que diz que, em regra, todo ato processual tem forma prescrita em lei e o desprezo desta forma pode levar a nulidade do ato. Sendo assim, a tipicidade dos atos processuais busca garantir um processo penal justo e com a garantia das formas previstas em lei (LIMA, p. 1700, 2020).

O princípio previsto no artigo 563 do CPP – basilar do instituto estudado, esclarece que não há nulidade sem prejuízo, independente da espécie de vício. A máxima “pas de nulitté sana grief”, quer dizer que para haver nulidade, deve existir prejuízo, independente se será presumido (absoluto) ou carente de comprovação (relativo) (NUCCI, p. 489, 2016).

Outro importante princípio é o da lealdade ou da boa-fé, que determina que nenhuma das partes pode alegar nulidade para ato que tenha dado causa ou para que tenha concorrido, ou seja, a parte não pode requer a declaração de nulidade quando age de má-fé ou com culpa. Cabe destacar, no entanto, que a doutrina entende que não cabe a aplicação do referido princípio frente às nulidades absolutas, uma vez que o interesse protegido pela norma é de natureza pública (LIMA, p. 1709, 2020).

O princípio do interesse, aplicável, segundo a doutrina, as nulidades relativas (já que as nulidades absolutas são de ordem pública e podem ser alegadas por qualquer das partes) esclarece que só pode alegar nulidade quem sofreu o prejuízo, pois, ora, se as nulidades servem para reparar um prejuízo, só podem ser alegadas por quem sofreu com a não observância da forma legal (NUCCI, p. 490, 2016).

O princípio da convalidação, previsto no artigo 572, I do CPP, trata das nulidades sanáveis (relativas) e determina que, em caso de não requerimento da nulidade no momento oportuno, ela é convalidada, eis que precluiu o direito de alegá-la (AVENA, p. 2051-2052, 2020).

Embora o princípio trate das nulidades relativas, alguns doutrinadores sustentam que este pode alcançar as nulidades absolutas, uma vez que não é possível o Tribunal reconhecer contra o réu nulidades não arguidas no recurso de acusação (nos termos da súmula 160 do STF). Sendo assim, se subentende que o trânsito em julgado dessa sentença convalida nulidades absolutas ocorridas no processo. (AVENA, p. 2051-2052, 2020).

### **1.3 Análise jurisprudencial (crítica) quanto ao reconhecimento das nulidades absolutas e relativas**

A jurisprudência que versa sobre o tema das nulidades no processo penal é densa e amplamente discutida. Há inúmeras decisões, do primeiro grau à suprema corte, que buscam definir parâmetros mais claros para determinar se a natureza da nulidade é absoluta ou relativa. Tal distinção determina importante decisão acerca do curso processual, pois dela se origina a anulação ou não dos atos já praticados.

Considerando a divergência doutrinária e jurisprudência, passamos a análise:

O STJ, no agrg no aresp 861818 (AM agravo regimental no agravo em recurso especial 2016/0055637-0), decidiu que a ausência de entrevista particular do defensor com o réu, em desrespeito ao art. 185, parágrafo 5º do CPP - já que foi realizada através de parlatório e na presença de agente carcerário - é nulidade relativa, devendo o prejuízo ser demonstrado.

Na busca da celeridade e na decisão final para o processo, os Tribunais relativizam cada vez mais atos processuais caros ao réu e sua defesa, conforme a referida decisão. O prejuízo deve ser demonstrado, essa é a decisão, mas a necessidade e possibilidade de produção dessa prova não são abarcadas pelas decisões. Qual prejuízo deveria ser demonstrado nesse caso? Como fazer prova que o agente carcerário não respeitou a distância mínima do local do diálogo entre defensor e assistido? Mesmo que respeitada a distância necessária, isso é suficiente, visto que o CPP prevê expressamente o direito a entrevista reservada com defensor? As respostas às perguntas esbarram em um único fato: o prejuízo nesses casos não deveria pender de prova, aliás, na maioria dos casos, como o ora analisado, a prova é de difícil produção, deveria, isto sim, ser caso claro de nulidade absoluta, por cerceamento de defesa, sendo o prejuízo à defesa presumido.

O parágrafo 5º, do art. 185, do CPP, prevê o momento adequado para o defensor, com seus conhecimentos técnicos, transmitir ao acusado orientações relativas ao interrogatório, permitindo que o acusado possa exercer efetivamente seu direito a ampla defesa. Nesse sentido, a Constituição Federal, ao garantir em seu artigo 5º, inciso LV, o direito a ampla defesa, resguarda o diálogo entre advogado e cliente, pois, por óbvio, como se falar em devido processo legal (com contraditório e ampla defesa), se o acusado tem receio de falar com seu próprio advogado? Como exercer de forma ampla uma defesa se, ao conversar com seu defensor, o acusado omite informações relevantes por medo?

Do mesmo modo, ao passo de reexaminar as conseqüências da aferição de nulidades absolutas no processo penal e em desconformidade de preceitos Constitucionais, como a garantia de publicidade nos julgamentos do Poder judiciário, (art. 93 IX), bem como a exigência de que o ato processual fira a intimidade e o interesse social para limitar o acesso público aos autos (art. 5º LX da CF), o STJ, em sede de discussão do HC 148723/SC, proferiu sentença no sentido de que, não demonstrado o prejuízo à defesa, o fato de o processo tramitar em segredo de justiça sem a devida fundamentação não configura nulidade absoluta, e sim relativa, admitindo sua preclusão. A decisão referida contraria jurisprudência do próprio tribunal, como a proferida no HC 131700/PE, que garantia que a motivação da decisão, corolário do devido processo legal, viabiliza as partes e a toda a sociedade a fiscalização da atuação do poder judiciário.

De tal modo, há mudança constante nos rumos do tema, o que dificulta a definição do que é nulidade absoluta ou relativa, trazendo enorme insegurança jurídica e prejuízo às partes. Assim, fortalece a corrente de críticas à má utilização da teoria do prejuízo, pois banaliza sua aplicação e esvazia o instituto da nulidade absoluta e seu caráter de proteção Constitucional.

Outra deliberação acerca do tema, desta vez por parte do Supremo Tribunal Federal, é a proferida em sede do HC 100319/RS, onde os ministros consideraram que a realização de interrogatório do réu na mesma data da efetivação da citação não gerou prejuízo ao réu, não implicando em ofensa ao contraditório e ampla defesa e, portanto, não constituindo a nulidade do ato. A decisão não se mostra razoável, haja vista que a citação é o momento que o réu toma conhecimento do processo e dos crimes que está sendo acusado e, portanto, começa a integrar a relação processual. O prejuízo resta

claro e cristalino, pois não haverá tempo hábil para conhecer o processo e, tampouco, preparar-se para uma defesa suficiente.

Assim sendo, resta claro que a proteção Constitucional do devido processo legal vem sendo mitigada e, até subjugada, em detrimentos dos valores contemporâneos da celeridade e instrumentalidade do processo. Conforme LOPES, JR., (2010), a forma do ato não deve ser garantida por mero “amor a forma”, senão por ser através dela que o princípio Constitucional se concretiza no processo. Em outras palavras “a nulidade serve assim para dar eficácia ao princípio contido naquela forma”. Discorre ainda o autor, que a única segurança jurídica possível é aquela que nasce do estrito respeito às regras do jogo. Assim, a luta é pela efetividade do sistema de garantias constitucionais e pela observância das formas processuais. Dessa premissa que o sistema deve ser baseado.

## CONCLUSÃO

Como pôde-se observar, o presente trabalho buscou analisar as nulidades aplicadas no processo penal, sejam elas relativas ou absolutas, com enfoque nas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Além disso, buscou explorar os princípios que norteiam essas nulidades, em especial o princípio do prejuízo, elencado no artigo 563, e o princípio da convalidação, disposto no artigo 572, ambos do Código de Processo Penal.

Em relação as nulidades, vimos que na prática elas se confundem e são aplicadas de acordo com a análise do caso concreto, o que muitas vezes acaba por acarretar prejuízo à uma das partes.

À vista disso, o princípio do prejuízo, elencando no artigo 563 do CPP, é essencial apreciado no tema em questão, visto que é através deste princípio que podemos enxergar que não existe nulidade sem prejuízo. No entanto, não se pode admitir que o princípio ora estudado seja invocado como argumento para a relativização – sempre e a qualquer custo - das nulidades absolutas e que a não observância das formalidades legais sejam frequentes e penderes sempre de comprovação de prejuízo.

Quando um prejuízo é permitido dentro do processo – como muito ocorre com a não observância dos preceitos legais - os direitos dos indivíduos que se submetem a um processo penal não são garantidos e a legitimidade do Estado-acusação fica



prejudicada, já que o estado não pode legitimar ilegalidades na busca da aplicação da sanção penal.

Conclui-se, portanto, que o processo penal, por cuidar de direitos fundamentais da pessoa humana, como a liberdade, não pode pactuar com a supressão de direitos para que se garanta uma suposta celeridade processual ou efetividade da tutela jurisdicional. Deve, isto sim, nortear-se pela Constituição Federal, a fim de evitar decisões injustas e antigarantistas.

## REFERÊNCIAS

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**/Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**/Norberto Avena. – 12. ed., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.