



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

NATÁLIA MIRANDA DA SILVA PEREIRA

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO *PAS DE
NULLITÉ SANS GRIEF* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**JOÃO PESSOA
2022**

NATÁLIA MIRANDA DA SILVA PEREIRA

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Eduardo de Araújo Cavalcanti

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P436b Pereira, Natalia Miranda da Silva.

Breves apontamentos sobre a aplicação do instituto
Pas de nullité sans grief no processo penal brasileiro
pelo superior tribunal de justiça / Natalia Miranda da
Silva Pereira. - João Pessoa, 2022.
51 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Nulidade. 2. Teoria do prejuízo. 3. Pasde nullité
sans grief. 4. Processo penal. I. Cavalcanti, Eduardo
de Araújo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

NATÁLIA MIRANDA DA SILVA PEREIRA

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO PAS DE
NULLITÉ SANS GRIEF NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

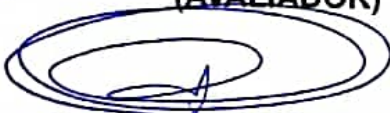
Orientador: Ms. Eduardo de Araújo
Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 07 DE DEZEMBRO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADOR)


Prof. Drª LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que fez com que meus objetivos fossem alcançados e me deu forças para nunca desistir.

Aos meus pais, que me incentivaram nos momentos difíceis e sempre me apoiaram em minhas escolhas acadêmicas.

A minha irmã, por todo carinho e atenção que sempre me deu.

Ao professor Eduardo Cavalcanti, por ter sido meu orientador e ter desempenhado tal função com dedicação e amizade.

Aos meus colegas, com quem convivi ao longo desses anos de curso e que certamente tiveram impacto na pessoa que me tornei e na minha formação acadêmica.

*“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à
justiça por toda parte.” (Martin Luther King)*

RESUMO

Este trabalho possui o objetivo de abordar a aplicação do instituto processual *Pas de nullité sans grief* pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) através de uma breve análise. Para isso, foram utilizados os métodos de pesquisa básica, descritiva e qualitativa com procedimento de pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos acadêmicos, dispositivos legais e da jurisprudência nacional. Busca demonstrar que a teoria do prejuízo não deve ser utilizada como ônus da parte que alega a nulidade, mas sim que o julgador deveria demonstrar que não houve prejuízo suficiente para o reconhecimento da nulidade. Assim como também será levantada a necessidade de adoção de requisitos que auxiliem o julgador na identificação de uma lesão presumida aos direitos da parte. Além disso, serão analisadas, brevemente, jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça que comprovam a necessidade de mudança na forma de aplicação do instituto objeto deste presente para, ao final, responder à premissa proposta e entender se a forma de utilização da instrumentalidade das formas e da teoria do prejuízo é errada e incoerente com os preceitos constitucionais, com a origem do instituto e com a própria doutrina.

Palavras-chave: Nulidade. Teoria do prejuízo. *Pas de nullité sans grief*.

ABSTRACT

This work aims to address the application of the procedural institute *Pas de nullité sans grief* by the Superior Court of Justice (STJ) through a brief analysis. For this, basic, descriptive and qualitative research methods were used with a bibliographical research procedure, through books, academic articles, legal provisions and national jurisprudence. Also seeks to demonstrate that the theory of harm should not be used as a burden on the part claiming nullity, but rather that the judge should demonstrate that there was not enough damage to recognize nullity. As well as the need to adopt requirements that help the judge in identifying a presumed injury to the rights of the party will also be raised. In addition, it will be briefly analyzed jurisprudence of the Superior Court of Justice that prove the need to change the way of applying the institute object of this present in order, in the end, to respond to the proposed premise and understand whether the way of using the instrumentality of the forms and the theory of prejudice is wrong and inconsistent with the constitutional precepts, with the origin of the institute and with the doctrine itself.

Key-words: Nullity. Theory of prejudice. *Pas de nullité sans grief*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIA DAS NULIDADES E A DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO	12
2.1 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A TEORIA DAS NULIDADES	13
2.1.1 Instrumentalidade das formas	14
2.1.2 Princípio do interesse	15
2.1.3 Princípio da causalidade e a conservação dos atos processuais	16
2.2 DAS NULIDADES E A GARANTIA PELA FORMA	17
3 PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO	22
3.1 ORIGEM DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF	22
3.2 INTERPRETAÇÃO DA TEORIA DO PREJUÍZO SOB O VIÉS DO SISTEMA ACUSATÓRIO	27
4 A TEORIA DAS NULIDADES PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	33
4.1 AS MEDIDAS CAUTELARES A TEORIA DO PREJUÍZO	33
4.2 A PRISÃO PREVENTIVA E A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS	37
4.3 A EXCEPCIONALIDADE DO HC Nº 130.197/DF	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O instituto jurídico conhecido como Pas de nullité sans grief, derivado do direito francês da era napoleônica, é aplicado no ordenamento nacional como verdadeiro instrumento de interpretação do art. 563 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro cujo teor dispõe que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.¹

Diante de tal brocardo, a interpretação utilizada pela jurisprudência atual exige que a parte prejudicada — majoritariamente, a defesa — comprove o prejuízo causado, sob pena de não ser declarada a nulidade do ato viciado.

Fato é que para que um ato processual cumpra sua finalidade, deve estar de acordo com os requisitos de existência e validade que o legitimam, caso contrário o ato é nulo, não existe e, conseqüentemente, não pode gerar efeitos legais. Assim sendo, como exigir que a parte prejudicada pelo ato processual nulo comprove o prejuízo advindo de tal?

A nulidade não deve ser declarada apenas se provado o prejuízo, mas sim em respeito ao devido processo legal e aos demais princípios que regem o processo criminal.

Afinal, várias questões podem ser levantadas sobre a atual aplicação desse instituto, por exemplo, o que será considerado prejuízo? Como deve ser feita essa prova? Como é caracterizado o prejuízo advindo de uma omissão, de um vício?

Diante desses questionamentos, este trabalho se dedica a fazer uma breve análise da aplicação do referido instituto e se propõe a demonstrar, como objetivo principal, que a interpretação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados sobre o tema das nulidades é incoerente com a Constituição de 1988, com o sistema acusatório e, principalmente, com a premissa do instituto quando da sua criação.

Em busca dos resultados que demonstrem a premissa avançada, o presente documento buscará introduzir o tema por meio da teoria das nulidades, e a garantia pela forma.

¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. organização Anne Joyce Angher. - 29. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

Também buscará correlacionar o *Pas de nullité sans grief* com o art. 563 do Código de Processo Penal (CPP) e, finalmente, analisar jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de determinar se a aplicação do instituto pela jurisprudência pátria é incoerente com o sistema de processo penal.

Para conseguir alcançar esses objetivos e delimitar o tema, o trabalho apresentará, em 03 (três) capítulos, os objetivos específicos da seguinte forma.

Em primeiro momento será apresentado um breve contexto sobre a teoria das nulidades, e como a forma que ela foi introduzida no sistema de processo penal brasileiro tem grande influência do seu papel no processo civil atual.

Além disso, também são abordados alguns dos princípios, ou melhor, mecanismos, que foram trazidos desde o brilhantismo do Direito Romano até os tempos atuais para mitigar a utilização do instituto objeto deste trabalho.

Princípios como a instrumentalidade das formas, da causalidade, da conservação de atos processuais, entre outros, são, em parte, responsáveis pela maneira que as nulidades são empregadas do ordenamento jurídico brasileiro.

E não é só, grandes implicações doutrinárias, tais como a divergência criada entre nulidades absolutas e relativas fazem com que os problemas existentes nos julgados reais, concretos, sejam disseminados e não enfrentados. Este trabalho também é uma crítica à flexibilização das nulidades e pretende, muito brevemente, tratar sobre a temática.

Em conjunção, também será exposta a importância da forma como garantia de direitos para a parte oprimida e como o cumprimento de atos essenciais garantem o devido processo legal preconizado na Carta Magna de 1988.

Feito o panorama inicial, serão apresentadas as origens do *Pas de nullité sans grief*, desde a França do século XVII e o formalismo extremo para manutenção do absolutismo, até a flexibilização das formas por meio da chamada instrumentalidade em função da celeridade processual.

Traçadas as primícias históricas do instituto, será então trabalhada a sua correlação com o art. 563 do Código de Processo Penal, especialmente com a exposição das influências exercidas quando da criação do código e como ocorreu a evolução da teoria das nulidades no ordenamento jurídico brasileiro.

Após, será apontada como deveria ser a utilização do instituto *Pas de nullité sans grief*, em principal a demonstração do prejuízo como meio primordial de declaração da nulidade de um ato.

Isso será trabalhado por meio do entendimento de grandes doutrinadores da área e da Constituição da República de 1988, em especial, os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e das prerrogativas introduzidas no nascedouro do sistema acusatório de processo penal.

Feitos todos os apontamentos e apresentados todos os argumentos que validam a tese proposta, o último capítulo desta monografia apresenta jurisprudências do STJ que empregam uma má interpretação da teoria do prejuízo e da instrumentalidade das formas, assim como, também, expõe um julgado que diverge do entendimento majoritário do tribunal e é o mais próximo da tese interpretativa apresentada neste trabalho que se encontra na jurisprudência brasileira.

Quanto à metodologia, será dividida de acordo com sua natureza, objetivos, abordagem e procedimentos. Dentre as possibilidades, a metodologia quanto à sua natureza, neste trabalho, é a pesquisa básica, tendo em vista que busca aprofundar o tema das nulidades por meio do estudo de uma ramificação do tema.

Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa descritiva, que descreve os conceitos e características do objeto de estudo. Isso tudo é feito por meio do método bibliográfico, ao passo que a coleta de informações é feita por meio de doutrinas e artigos de grandes autores, além da jurisprudência nacional e da legislação.

Quanto à abordagem, utiliza-se a pesquisa qualitativa pela sua flexibilidade na análise e estudo das informações com a presença da subjetividade dentre os comportamentos e opiniões que abarcam um tema tão grave quanto o estudado neste trabalho.

E, por fim, a justificativa que levou à criação do presente trabalho veio através de um sentimento de frustração e inquietação que por meio do estudo de uma das jurisprudências apresentadas mais adiante.

Diante do estudo prévio e da observância entre as divergências doutrinárias e a jurisprudência nacional, enquanto se buscava proteger os pilares constitucionais, como os princípios da liberdade, igualdade, devido processo legal, ampla defesa, paridade de armas, e inúmeros outros, o presente tema foi escolhido.

A urgência de sua análise e crítica à forma como os tribunais têm lidado com uma matéria tão relevante quanto às nulidades e o respeito às formas como

garantia de direitos, fazem com que este trabalho tenha ímpeto de gerar na comunidade acadêmica mais conhecimento sobre o tema, para que possa ser discutido com maior abrangência, não somente nos artigos e livros acadêmicos, mas que a matéria possa ser abordada nas faculdades, dentre os entusiastas do Direitos e, porque não, nos tribunais do país.

2 TEORIA DAS NULIDADES E A DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO

Não é novidade que os princípios norteadores dos ramos civilista e penalista do direito são completamente diferentes. Atribui-se a isso a noção de que enquanto no primeiro lidamos com a percepção de uma tutela jurídica sobre bens materiais e danos morais, o segundo versa sobre questões principiologicamente constitucionais, tais como a vida e a liberdade da população.

Talvez por isso seja tão difícil associar a métrica civilista com as garantias penais. No entanto, até mesmo os mais relutantes doutrinadores atentam à ideia do prejuízo. Conforme Ricardo Jacobsen Gloeckner², a aproximação entre institutos do direito civil com o direito penal fez com que o prejuízo adquirisse espaço.

Essa aproximação entre as áreas do direito tendo como base o prejuízo fez se criar um verdadeiro monstro cuja capacidade de destruição às garantias processuais do sistema acusatório tomou proporções tais que as noções de nulidade foram atropeladas pela celeridade civil, não importa o custo.

E a máxima responsável por esse feito está constricta ao brocardo *Pas de nullité sans grief*³, cuja origem remete às ordenações francesas de Louis XIV que causaram uma reforma no direito criminal e civil daquela época.

Toda a importância das ordenações tem relação com o momento vivido pelo direito naquele século. O absolutismo estava em seu ápice, as monarquias ocupavam os maiores países da Europa e todos eles buscavam regulamentar de alguma forma o sistema jurídico, principalmente no viés do formalismo, para se apossar do processo, causando a diminuição da atuação dos personagens jurídicos.⁴

Como bem analisou Cavani Brain⁵,

Por esta razón, no es extraño que a través de la Ordonnance, Luis XIV se haya constituido como el único intérprete de la ley que él mismo emitió, prohibiendo a los Parlamentos la interpretación de sus leyes, estableciendo que su Conseil des

² GLOECKNER, R. J. Nulidades no processo penal introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 99.

³ Traduzido à literalidade significa exatamente o que propõe, “sem nulidade sem queixa”.

⁴ CAVANI BRAIN, Renzo. Nulidad e forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad. Derecho & Sociedad, n. 38, 2012. p. 223.

⁵ CAVANI BRAIN, Renzo. Nulidad e forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad. Derecho & Sociedad, n. 38, 2012. p. 223..

Parties, finalmente, podía anular (casser) la sentencia que violaba la ley.

Já na contemporaneidade, o instituto tem sido utilizado em conjunto com o art. 563 do Código de Processo Penal como uma verdadeira tradução do que o legislador penalista buscava alcançar quando trouxe o prejuízo como espinha dorsal do sistema de nulidades.

Desde então, o instituto é utilizado para carregar a ideia de instrumentalidade das formas, funcionando como máxima da teoria das nulidades, que nada mais é do que uma ideia absorta sobre a relação entre nulidades absolutas e relativas associadas à teoria do prejuízo.

Mas, quando analisadas as características que permeiam a teoria das nulidades, entende-se que a prerrogativa utilizada nos tempos atuais sobre o prejuízo e a mitigação do formalismo processual não encontra respaldo nas garantias fundamentais que já eram trabalhadas na antiguidade.

2.1 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A TEORIA DAS NULIDADES

Sabe-se que o Direito Romano é responsável por iniciar costumes que envolvem o direito e se espalharam ao redor do mundo, por isso mesmo não é estranho encontrar doutrinas que trazem as determinações romanas como exemplo do que o Direito já foi e do que deveria ser, em contrapartida com a sua forma atual.⁶

Ao analisar o sistema de nulidades no Direito Romano há de se encontrar um processo extremamente formalista, que desconsidera a gravidade do vício, e entendia que sua mera existência já era suficiente para assegurar a nulidade⁷.

Ocorre que um processo essencialmente formalista não condiz com um processo que se pretende instrumentalista.⁸ Por conta disso foram desenvolvidos, ao longo das décadas, meios processuais que possibilitam a mitigação da ideia formalista de processo, especialmente no que diz respeito às nulidades.

⁶ Cavani fala que o povo romano possuía um apreço pela forma, por como as coisas se exteriorizam. No mesmo sentido, Ihering retrata os romanos como um povo que tinha sentimento pela forma.

⁷ FIUZA, César. Ensaio crítico acerca da teoria das nulidades. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 32, 1999. p.38.

⁸ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief“ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p.75.

Esses instrumentos desenvolvidos são corriqueiramente chamados pela doutrina de princípios da teoria das nulidades, no entanto, como será abordado a seguir, sua natureza jurídica está mais associada a dispositivos legais que foram interpretados de forma instrumentalista do que princípios de fato.

2.1.1 Instrumentalidade das formas

O que se conhece por princípio da instrumentalidade das formas está intrinsecamente ligado ao tema central deste trabalho, de maneira que será abordado mais intensamente em momento posterior.

No entanto, não se pode deixar de fazer importantes considerações acerca deste mecanismo que possui estreita conexão com os princípios a seguir abordados.

Assim sendo, entende-se por instrumentalidade das formas o meio de flexibilização das formalidades que atendem às garantias constitucionais, com a tentativa de fazer do direito processual penal um sistema que prioriza a celeridade em detrimento dos fundamentos constitucionais.

Segundo Badaró⁹, no princípio da instrumentalidade das formas o ato não é anulado se ele atinge o fim a que foi proposto, mesmo que tenha sido praticado em desacordo com a forma, pois, mesmo viciado o ato teria cumprido seu objetivo.

Ainda em se tratando do conceito deste princípio, Gloeckner¹⁰ afirma que

“A instrumentalidade corresponde a um sistema ou ideia-chave responsável pela gestão dos ilegalismos processuais. Em outras palavras, corresponde a um sistema de maximização das sanatórias dos atos processuais, segundo critérios teleológicos. Todo sistema processual que reconhece a possibilidade (geral ou específica) de saneamento dos atos processuais acaba, na contemporaneidade, sendo remetido a esse modelo de gestão da invalidade dos atos processuais.”

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 790.

¹⁰GLOECKNER, R. J. Nulidades no processo penal introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.189.

Talvez seja por isso que muitos doutrinadores utilizam a instrumentalidade das formas como sinônimo do prejuízo trazido pelo Código de Processo Penal.¹¹ Já nas exposições de motivos do CPP, o legislador processual é bem claro quanto ao tratamento que pretende dar às nulidades, afirmando que “o projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espiolhar nulidades”¹².

Tudo isso é no sentido de que o CPP tem como objetivo, no que diz respeito às nulidades, propagar a ideia de instrumentalidade das formas, tendo como base a polêmica demonstração do prejuízo causado às partes.

2.1.2 Princípio do interesse

Em relação ao conceito do princípio do interesse, entende-se que a arguição da nulidade de determinado ato processual só pode ser realizada por pessoa que possui interesse na declaração de nulidade, ou seja, a parte que sofre prejuízo com a perduração da eficácia do ato.

Flávio Meirelles¹³ alerta que os pressupostos de arguição da nulidade são dois: (1) quem alega a nulidade tem interesse e (2) não deu causa à existência dessa nulidade. É o que se encontra no art. 565 do Código de Processo Penal¹⁴.

De fato, é lógico o raciocínio do legislador penal que a parte causadora da nulidade não possa argui-la, no entanto, há quem discorde desse pensamento. Nesse sentido, Flávio Meirelles,¹⁵ afirma que tanto a acusação quanto a defesa podem arguir a nulidade, não importando se é absoluta ou relativa.

No entanto, alerta que nesse caso a arguição não afasta a preclusão, pois esse efeito só é conseguido quando a arguição é feita pela parte interessada.

Há também quem entenda que os pressupostos mudam conforme à nulidade que se pretende arguir. Que o princípio do interesse só é aplicado em

¹¹ Nesse sentido, BADARÓ, op. cit., p. 790, GLOECKNER, ibid. p.190.

¹² BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Penal. organizadores Salim, Trigueiros e Távora. - 4. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 305

¹³ MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

¹⁴ Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que tenha dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte interesse.

¹⁵ MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

casos relacionados à nulidade relativa, pois, na absoluta, é questão de interesse público que seja declarada nula¹⁶.

Independente do entendimento doutrinário, fato é que o CPP utiliza os pressupostos trazidos no art. 565 para aplicação das nulidades, desconsiderando se são absolutas ou relativas.

2.1.3 Princípio da causalidade e a conservação dos atos processuais

Segundo o princípio da causalidade, o ato que for declarado nulo originalmente causa a nulidade dos atos que dele dependem ou são consequência, cabendo ao magistrado que reconhecer a nulidade do ato original declarar os que serão atingidos pela mesma. É o que se encontra no art. 573, §§1º e 2º do CPP¹⁷.

De acordo com Badaró¹⁸, o princípio da causalidade deve ser aplicado em conjunto com o princípio da conservação dos atos processuais, que dispõe que o reconhecimento da nulidade de um ato originário não pode anular os atos que dele independem.

Claro, é uma linha tênue a ser definida pelo magistrado no caso concreto quais atos estão ou não nulos por dependência.

A doutrina ainda faz uma divisão acerca dos atos instrutórios e postulatórios, no sentido que se a nulidade é encontrada na fase postulatória, todos os atos seguintes estariam contaminados e, portanto, declarados nulos por dependência. Em contrapartida, os atos instrutórios não seguem a mesma regra, sendo necessário um juízo de valor em cada caso sobre a conexão dos atos seguintes àquele declarado nulo.¹⁹

Não obstante, os breves apontamentos realizados sobre esses institutos já nos mostram que sua natureza jurídica está muito mais interligada com a de mecanismos infraconstitucionais que buscam traduzir as ideias do Código de Processo Penal do que com a ideia de princípios processuais.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 793

¹⁷ §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.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 792.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 792.

2.2 DAS NULIDADES E A GARANTIA PELA FORMA

Para que um ato processual atinja sua plenitude de eficácia é necessário que cumpra com as formalidades legais estabelecidas para tal, assim é natural chegar à conclusão de que a inobservância da forma priva o ato processual dos efeitos pretendidos e macula a sua eficácia.

No processo penal existe uma máxima que preconiza toda a polêmica sobre as nulidades, “forma é garantia”²⁰. Essa afirmação não é feita à toa, o sistema de nulidades processuais foi criado para que aquele ato que foge ao sistema legal seja declarado nulo, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Isso porque, de acordo com Flávio Meireles²¹, um ato nulo é um ato inexistente ou melhor, é um ato que falta requisito de existência e esse requisito não significa a inexistência formal do ato, mas sim uma inexistência jurídica.

Por exemplo, não existe processo penal sem inicial acusatória, sem recebimento da denúncia, sem defesa do acusado e, portanto, esse processo é nulo. Mas isso não significa que elas devem inexistir formalmente para que a nulidade seja declarada, basta apenas que um dos requisitos para sua existência esteja faltando.

O processo físico, ou agora digital, pode existir formalmente, pode ter conteúdo, no entanto, se a denúncia não contém a exposição do fato criminoso como preconiza o art. 41 do CPP²², logo, ela inexistente juridicamente, é nula e, portanto, não pode cumprir com os efeitos pretendidos quando do seu oferecimento.

Isso é o que significa dizer que forma é garantia, pois sem o cumprimento de formalidades, atos essenciais ao processo, inexistente garantia às partes. Nesse aspecto, Cintra, Dinamarco e Grinover²³ asseveram que a criação de um sistema legal que busca a preservação da forma nasce a partir de uma:

²⁰ LOPES JR, Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>>. 2014.

²¹ MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

²² Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 419.

[...] necessidade de fixar garantias para as partes, de modo a celebrar-se um processo apto a conduzir à autêntica atuação do direito, segundo a verdade dos fatos e mediante a adequada participação de todos os seus sujeitos. A observância do procedimento modelado pela lei é penhor da legitimidade política e social do provimento judicial a ser proferido afinal, justamente porque é através dela que se assegura a efetividade do contraditório (Const., art. 5º, incs. LIV e LV)

No entanto, mesmo diante de um sistema legal voltado à manutenção da forma como pré-requisito básico da eficácia e validade do ato jurídico processual, entende-se que quando ocorre sua mácula, isto é, a forma é quebrada e o estado de ineficácia se estabelece, ainda sim o reconhecimento da nulidade depende de um ato jurisdicional do magistrado.

Nas palavras de Loureiro²⁴, “a nulidade só ocorrerá após um ato judicial que decrete que o ato processual inquinado não pode gerar os efeitos a que se destinava”. Ou seja, apesar de existir, a nulidade só passa a ser reconhecida quando um pronunciamento judicial a decretar, caso contrário, o ato eivado de vício continua plenamente válido e eficaz.

Isso se agrava quando ambas, doutrina e jurisprudência, buscam a divisão entre as nulidades, quase como uma dicotomia que pretende flexibilizar aquilo que deveria ser declarado — e não decretado — de pleno direito.

Isso porque a natureza da nulidade advém da violação à lei. Dessa forma, independente de se considerar essa ruptura com a legislação mais ou menos gravosa, o Direito não pode compactuar com a infração legislativa e proteger comportamentos contrários à norma.

Desta feita, a ideia de relativização das nulidades, trazendo os conceitos de atos nulos ou anuláveis, ou nulidades absolutas e relativas, como se vê corriqueiramente no processo penal, teve sua origem demarcada por uma tentativa dos legisladores penalistas de abrandar decisões pautadas na violação a normas mais ou menos gravosas.

Como bem afirma Valle Ferreira²⁵, sobre as nulidades absolutas e relativas:

²⁴ LOUREIRO, Antônio Tovo. O descumprimento das formas processuais penais como maximização do direito de punir: por uma nova teoria das nulidades. Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p.14.

²⁵ FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Revista Faculdade Direito Universidade Federal de Minas Gerais, v. 3, 1963, p.30.

Tais aspectos da mesma imperfeição, assim decompostos, apenas indicam que a correção deve ser enérgica no primeiro caso e mais leve no segundo. Ora, este processo de temperamento, esta simples disposição moderadora no momento da realização técnica do princípio da invalidade, de nenhum modo poderia alterar o sentido e o alcance das regras essenciais sobre a invalidade em geral. Por isso mesmo, não é demais assinalar de uma vez que nulidade não se contrapõe a anulabilidade, porque não representam categorias diferentes. Atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária (...).

Ou seja, as diferenças entre nulidades absolutas e relativas não passam de uma “divisão artificial”²⁶ criada para amenizar os impactos da invalidade e separar os meios de análise e o processo de reconhecimento do vício. Diante disso, se faz importante compreender essa divisão, na medida em que os conceitos de nulidade absoluta e relativa são interpretados no sistema de processo penal.

Segundo Paschoal²⁷, a diferença entre nulidade absoluta e relativa é que na primeira, não haveria possibilidade de sanar o vício, cabendo, inclusive, que a nulidade seja reconhecida de ofício e o ato, por não poder produzir qualquer efeito, poderia dispensar uma decisão judicial a respeito.

Já com relação à segunda, informa que como o vício não atinge interesse público, se mantém no âmbito das partes, pode produzir efeitos até que seja declarada a nulidade, por isso necessita de uma decisão judicial, não cabendo reconhecimento de ofício.

Percebe-se que para Paschoal, ao contrário do que diz Loureiro²⁸, a nulidade absoluta não necessitaria de um ato judicial que a declarasse, pois é nula de pleno direito, não sendo cabível a produção de efeitos por um ato processual cujo vício gera nulidade absoluta. De fato, esse entendimento faria muito mais sentido se insistirmos na diferenciação entre as nulidades.

Se a nulidade absoluta assim é considerada por não haver nenhuma possibilidade de que o vício seja sanado, cabendo reconhecimento de ofício, enquanto a nulidade relativa deve ser arguida pela parte interessada, em acordo com o princípio do interesse, não havendo possibilidade do magistrado declará-la

²⁶ FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Revista Faculdade Direito Universidade Federal de Minas Gerais, v. 3, 1963, loc.cit.

²⁷ PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. Revista Fórum de Ciências Criminais. 2014.

²⁸ LOUREIRO, Antônio Tovo. O descumprimento das formas processuais penais como maximização do direito de punir: por uma nova teoria das nulidades. Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

sem ter sido provocado, então não seria plausível que ambas necessitassem do mesmo ato judicial para ter reconhecimento no plano de validade.

Ocorre que, como mencionado anteriormente, independente de absoluta ou relativa, a invalidez está presente, porém o ato continua a produzir efeitos. Ou seja, a necessidade de um ato judicial declarar a nulidade não diz respeito a reconhecer a invalidez do mesmo, esta já está reconhecida, o que se busca é interromper a eficácia do ato, que perdura até eventual decisão judicial.

Todo esse pensamento constitui o que a doutrina chama de princípio da taxatividade ou *pas de nullité sans texte*. Nas exatas palavras de Gloeckner²⁹

[é] o preceito de que a declaração judicial de nulidade deverá ser proveniente de uma previsão legal, que não somente determine os elementos e requisitos essenciais dos atos judiciais, mas que também comine uma sanção para o caso de descumprimento das formalidades do ato processual.

É exatamente por isso que se considera absorta a ideia de separação entre nulidades absolutas e relativas. Ambas possuem vícios, ambas produzem efeitos, mantêm sua eficácia mesmo diante da inexistência jurídica ou da falta de requisito de existência e ambas necessitam de uma decisão judicial para serem reconhecidas.

A diferença, como já mencionado, é superficial, não passa de uma divisão doutrinária para afastar aquilo que inexistente daquilo que poderia existir se um elemento essencial fosse cumprido.

Segundo Flávio Meireles³⁰, a nulidade absoluta está para o ato essencial inexistente, como um processo em que não há denúncia ou interrogatório do réu. São atos tão essenciais, verdadeiros pré-requisitos do processo penal, que sua existência não deixaria de ser notada.

Esses elementos não são passíveis de saneamento, pois seria uma afronta ao devido processo legal, às partes e ao próprio magistrado se perdurasse algo que tanto no plano formal quanto no plano jurídico, não existe.

Já a nulidade relativa, ainda no entendimento do autor citado, se refere a ausência de um elemento essencial de um ato essencial ao processo penal. É como se houvesse uma sentença condenatória sem motivação do magistrado, ou uma

²⁹ GLOECKNER, R. J. Nulidades no processo penal introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p.220.

³⁰ MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

inicial acusatória sem descrição do fato. O ato está ali, formalmente ele existe, no entanto, no plano jurídico, é viciado, incapaz de produzir os efeitos a que se destina e, portanto, é nulo.³¹

Esses atos podem ser saneados se o elemento faltante for recuperado ou se houver a demonstração de que a falta daquele elemento não causou prejuízo ao processo. Este é o ponto trazido neste trabalho e introduzido até aqui.

Não se busca dizer que o prejuízo não faz parte da teoria das nulidades ou que sua (in)existência é irrelevante. Pelo contrário, o prejuízo é característica elementar da nulidade, seja ela absoluta ou relativa, é a espinha dorsal que rege a forma como uma nulidade deve ser declarada.

No entanto, o meio como o prejuízo tem sido utilizado por parte da doutrina e pela vasta jurisprudência, está em desconformidade com o princípio da garantia, com a teoria das nulidades e com o que almejava o legislador penal ao criar o art. 563 do CPP.

Tudo isso foi traduzido em uma má interpretação do que se chama *Pas de nullité sans grief* ou teoria do prejuízo, causando uma verdadeira destruição da forma como garantia e descumprindo com a real interpretação do instituto.

É com base na importância desse elemento que a sua demonstração dentro do processo penal causa o que se pode chamar de dicotomia entre a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, o que será abordado nos próximos capítulos.

³¹MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

3 PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Apresentadas as bases teóricas que dão vida ao tema central deste trabalho, e devidamente introduzidas as críticas que seguirão, este capítulo se dedica ao estudo aprofundado do instituto *Pas de nullité sans grief*, mais especificamente, sua origem no sistema jurídico brasileiro e como sua adoção no processo penal brasileiro resultou na redação do art. 563 do CPP.

3.1 ORIGEM DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF

Como mencionado anteriormente, houve uma época em que os sistemas jurídicos eram extremamente formalistas, remontavam a uma forma que é um fim em si mesma, um sistema em que o menor deslize causaria a nulidade de todo o processo, como acontecia no Direito Romano.

Essa concepção, um tanto complexa e mística do Direito, foi chamada de Sistema de sanção do erro literal das formas ou simplesmente sistema formular.³² Segundo esse sistema, o ato processual deve ser praticado de acordo com toda a solenidade que a lei prevê, não sobrando nenhum espaço para qualquer diferença, por menor que seja, entre o ato e a forma que foi prevista.

Zaclis³³ informa que essas solenidades são consideradas fórmulas que devem ser analisadas pelos juízes quando da realização de determinado ato para que não ocorra vício e, assim, não seja declarada a nulidade de todo o processo, tendo que começar todos os procedimentos do zero. Ou seja, nesse sistema, a consequência para o vício, independente da gravidade ou importância, é sempre a nulidade.

Com isso em mente, fica mais fácil compreender o surgimento da ideia de prejuízo a partir da *Ordonnance* francesa de 1667. Diante de um formalismo exagerado, Louis XIV tomou para si o poder de interpretar a lei, limitando a

³²GLOECKNER, R. J. Nulidades no processo penal introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. São Paulo: Editora Juspodivm, 2013. p. 242.

³³ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief“ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p.99.

discricionariedade do magistrado ou melhor dizendo, aniquilando de vez qualquer ideia de independência do parlamento na aplicação das leis.³⁴

Como forma de protesto contra esse sistema, o parlamento francês abordou a questão da nulidade em um julgado e introduziu a ideia do prejuízo, criando um requisito que deveria ser abordado nessas decisões.³⁵

O parlamento decidiu que não caberia declaração da nulidade, isto é, declaração de ineficácia dos atos se observados que o vício presente não havia causado prejuízo algum às partes, assim nascia o *nullité sans grief n'opere rien*, que traduzido à literalidade significa “nulidade sem queixa não faz nada”.³⁶

Depois disso, com a Revolução Francesa houve uma superação da ideologia do regime absolutista e abolição do parlamento e, com isso, a necessidade de uma nova regulamentação das matérias processuais da época. Assim foi criado o Código napoleônico de 1806, que se desapegou do formalismo, abrindo espaço para a simplicidade, publicidade e oralidade dos juízes.³⁷

O referido código trouxe grande importância para o abandono das antigas técnicas processuais, no entanto, especificamente sobre o tema das nulidades, manteve a falta de discricionariedade do magistrado. Em uma das suas disposições, o *Code* apresenta que o juiz só deveria declarar a nulidade se a lei assim prever.

Essa disposição foi a forma que os franceses encontraram para se resguardar da corrupção que mantinha o antigo parlamento. Apesar de ter sido revolucionário e iniciar a ideia de que o formalismo não deveria ser tão extremo, o Código Napoleônico não estava preparado para introduzir a subjetividade na matéria das nulidades.³⁸

³⁴ CAVANI BRAIN, Renzo. Nulidad e forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad. *Derecho & Sociedad*, n. 38, 2012. p. 223..

³⁵ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.p. 100.

³⁶ Id, 2015, p. 100

³⁷ CAVANI BRAIN, Renzo. Nulidad e forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad. *Derecho & Sociedad*, n. 38, 2012,p.225.

³⁸ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p 101.

Na verdade, essa introdução só ocorreu com a vigência da *Loi de la Procédure Civile de Cantón de Genebra*³⁹, em 1819, uma lei que trouxe como uma de suas inovações a liberdade para a figura do juiz, ao contrário do que versava o sistema francês.

Em se tratando das nulidades, a referida lei trazia em seu art. 745 algumas possibilidades em que seria declarada a nulidade, abandonando o rol taxativo do Código de Napoleão e inovando em conceder ao magistrado o papel de intérprete da lei.

Assim diz o art. 745 da lei de Genebra:

“Sera annuler, sous les conditions ci-après (art. 746 a 748), tout acte de procédure fait en contravention à la présente loi,
 1. Si il émane d'un magistrat ou officier judiciaire incompétent;
 2. Si la contravention a causé à la partie qui l'oppose, un préjudice qui ne soit réparable qu'en annulant l'acte;
 3. Si la nullité en est formellement prononcée para la loi”

As condições para declaração de nulidade acima apresentadas se traduzem em (1) o ato ser produzido por um magistrado ou outro oficial incompetente pois assim perde a garantia de sua autenticidade, (2) quando a nulidade é a única maneira de reparar um prejuízo causado a uma das partes e (3) quando a lei determina a declaração de nulidade em caso de descumprimento de determinadas formalidades.⁴⁰

Percebe-se que no n. 2, a lei de Genebra traz a declaração de nulidade como reparador de um prejuízo, é a primeira vez que se abre espaço para que o conteúdo do ato e suas consequências sejam levados em consideração.

Foi a partir dessa normativa que outros dispositivos legais começaram a introduzir o prejuízo como pré-requisito ao reconhecimento das nulidades, o que se tornou praxe no direito processual civil e, posteriormente, como será visto a seguir, abriu espaço para que esse entendimento alcançasse o processo penal.

³⁹ Traduzido para nossa língua, lê-se Lei de Processo Civil de Cantão de Genebra.

⁴⁰ CAVANI BRAIN, Renzo. Nulidad e forma en el proceso civil: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad. *Derecho & Sociedad*, n. 38, 2012, p.228.

No Brasil, o instituto das nulidades começou a aparecer ainda quando era colônia de Portugal, no entanto, mesmo as ordenações portuguesas tendo suas disposições sobre as nulidades, o Brasil seguiu o sistema francês nesse quesito.⁴¹

Heráclito Mossin⁴² aduz que

Embora, [...], as Ordenações tenham tido grande influência na legislação do início da República, a verdade é que, em termos de nulidade, o legislador republicano, [...], não seguiu os passos da legislação reinol, mas sim buscou inspiração na legislação francesa, que se tornou responsável pela edificação desse importantíssimo instituto na legislação brasileira, que por sinal é bastante complexo e falho.

Isso fica nítido ao analisar algumas normativas do Código de Processo Criminal do Império de 1832, como, por exemplo, o art. 301⁴³ que tinha a seguinte redação:

Art. 301. Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei.

Percebe-se que o não cumprimento das formalidades, naquele momento, era suficiente para causar a nulidade do processo, algo que se assemelha, e muito, com o sistema formalista francês.

E mais, apesar de se tratar de nulidades, o código não utilizava essa nomenclatura. O pleito não se referia a reconhecimento de nulidade processual, mas sim de declaração de inobservância das formalidades substanciais que eram tratadas dentro do capítulo dos recursos.⁴⁴

O que só demonstrava que, apesar de sofrer influência europeia, a legislação brasileira demorou a introduzir a teoria das nulidades e a ideia de prejuízo

⁴¹MOSSIN, Heráclito Antonio. Nulidades no direito processual penal - 3. ed. - Barueri, SP: Manole, 2005. p. 11.

⁴²MOSSIN, Heráclito Antonio. Nulidades no direito processual penal - 3. ed. - Barueri, SP: Manole, 2005. p. 11

⁴³ BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Código de Processo Criminal do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em: 28 out. 2022.

⁴⁴ O art. 302 do referido código dispunha, “Julgando-se na Relação procedente o recurso por se não terem guardado as formulas prescriptas, formar-se-ha novo processo na subsequente sessão com outros Jurados, remetendo-se para esse fim, os autos ex-officio ao Juiz de Direito, quando a accusação tiver sido por officio do Promotor; e entregando-se á parte interessada, quando fôr particular.”

dentro do sistema jurídico nacional. A doutrina relata que esse atraso perdurou até a promulgação da Constituição de 1891, quando foi permitido aos estados criar seu próprio Código de Processo Penal.⁴⁵

Com o advento da nova constituição, alguns estados, espelhados no avanço europeu, incluíram o *Pas de nullité sans grief*, isto é, a necessidade de prejuízo, para que a nulidade de um ato processual fosse reconhecida.

Por exemplo, o artigo 327, alínea “g”, do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul possuía a seguinte redação: “Constituem nulidades insanáveis a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuízo da acusação ou da defesa.”⁴⁶

Da mesma maneira, o Código de Processo Penal de Minas Gerais, em seu art. 476, parágrafo único, alegava: “Outrossim, [a nulidade] não pode ser pronunciada quando não houver prejuízo de nenhuma das partes, ou quando a falha tiver sido suprida proveitosamente no correr da ação”⁴⁷

Como se vê, a introdução da ideia de instrumentalidade das formas dependia de cada estado na sua função legislativa, o que causou discrepâncias entre os meios de se declarar ou não uma nulidade.

Diante disso, o Código de Processo Penal de 1941, atual código em vigência, é a primeira legislação a unificar o tratamento das nulidades em todo território nacional, adotando de vez o modelo europeu, principalmente as influências do Código Rocco italiano, de 1930, com a necessidade de comprovação do prejuízo para a devida declaração de nulidades.

Grande exemplo dessa unificação é a redação do art. 564 do Código de Processo Penal, que determina diversos casos em que ocorrerá a nulidade, nos termos seguintes:

⁴⁵ MOSSIN, Heráclito Antonio. Nulidades no direito processual penal - 3. ed. - Barueri, SP: Manole, 2005 p.18.

⁴⁶ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015., p. 104

⁴⁷ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015., p. 104

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:

(...)

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Ante o exposto, e reconhecendo que a entrada do instituto em estudo ganhou espaço no cenário jurídico mundial como forma de interromper o formalismo extremo advindo do absolutismo, adiante será trabalhado como o *Pas de nullité sans grief* se comporta dentro do atual sistema jurídico e porque a interpretação utilizada pela jurisprudência não está de acordo com sua proposta inicial.

3.2 INTERPRETAÇÃO DA TEORIA DO PREJUÍZO SOB O VIÉS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Como visto acima, a entrada da teoria do prejuízo no sistema jurídico brasileiro, especificamente do Código de Processo Penal, sofreu grande influência do sistema italiano, em especial do Código Rocco, que é muito conhecido por representar um sistema inquisitório de processo penal.

Tratando essencialmente sobre as nulidades e o *Pas de nullité sans grief*, o Código de processo penal traz em sua exposição de motivos que⁴⁸

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade.

⁴⁸ BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Penal. organizadores Salim, Trigueiros e Távora. - 4. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 305

O que só mostra que o código não aderiu à forma como garantia, pelo contrário, as formalidades são mitigadas em prol da celeridade processual herdada do processo civil.

Como foi visto anteriormente, toda a tônica que envolve a teoria das nulidades adotada no sistema jurídico brasileiro está relacionada à convalidação de atos processuais, para que o processo seja mais eficiente e célere, para que o objetivo, a finalidade do ato seja alcançada.

Como bem acentua Grinover, Fernandes e Gomes Filho⁴⁹

A exigência de que a atividade processual seja realizada segundo os modelos legais sofre temperamentos, ditados sobretudo por razões de economia processual; não apenas no processo, mas em todas as atividades, é sempre desejável obter-se o máximo de resultados como o mínimo esforço.

É algo muito interessante de ser analisado, o movimento da eficiência em detrimento das formalidades. Isso por que pode fazer sentido um ato processual eivado de vícios ser convalidado, quando os únicos interesses presentes na demanda em questão não passam de bens materiais, danos que não são capazes, pela própria natureza que lhes é dada, de atingir a vida de uma das partes, ou mesmo de ambas, irremediavelmente.

No processo penal, é diferente ou, pelo menos, deveria ser. O atual sistema acusatório, nascido com a entrada em vigor na nossa Carta Magna de 1988, traz consigo pilares que não deveriam ser esquecidos ou mitigados.

A separação entre os atos de acusar e julgar, a ideia de um juiz natural e imparcial, que não produz prova e não toma partido, ao mesmo tempo que as partes deixam de ser meros peões em um jogo de xadrez e passam a ser os jogadores, isto é, antes meros espectadores transformam-se em atores envolvidos no processo.

As garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, todos eles constitucionais, todos eles elevados à natureza jurídica de direitos e garantias fundamentais por uma razão. Para que as partes e o próprio Estado estejam resguardados contra as injustiças causadas pelo homem.

Adentrando especificamente no tema das nulidades, a ideia de respeitar as formalidades trazidas pela legislação não é, neste caso, um formalismo extremo

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no processo penal, 12.ed., cit., p. 31.

que busca proteger a soberania de um, mas sim, uma garantia de que independente de classe, religião, gênero, sexo, etnia, sexualidade, entre outras coisas, diante do sistema judiciário todos serão enxergados com os mesmos olhos.⁵⁰

Todos têm direito a serem tratados da mesma forma quando sujeitos ao ordenamento jurídico nacional, este é o propósito dos preceitos e formalidades que compõem a validade e eficácia de um ato. É para que todos tenham acesso a um sistema jurídico igualitário.

É por meio dessa interpretação que não é apropriado defender uma celeridade a qualquer custo, o art. 563 do CPP aduz que “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.⁵¹

À primeira vista, pode parecer que a interpretação ideal desse dispositivo seria que cabe à parte que suscitar a nulidade, por vezes a defesa, demonstrar o prejuízo suportado pelo réu caso a nulidade não seja declarada. Essa é a interpretação utilizada por maioria da jurisprudência e por parte da doutrina.

No entanto, é imprescindível apresentar outra interpretação para o art. 563. Agora a nulidade não será declarada apenas se o prejuízo for comprovado, mas sim, a nulidade só não será declarada se o magistrado demonstrar que o prejuízo não ocorreu.⁵²

Pode parecer estranha essa interpretação, mas quando observada sistemicamente com os princípios e garantias constitucionais, parece muito mais coerente com o momento processual do sistema jurídico brasileiro.

Flávio Meirelles introduz, de maneira muito didática, o porquê da segunda interpretação ser a correta. Segundo ele,

1 – O legislador não publica normas ao acaso, aleatoriamente. A normas possuem uma *ratio legis*, ou seja, uma razão para existirem. Se o legislador determina que a falta de ato ou formalidade essencial do processo acarreta nulidade é porque ele possui motivo. E qual pode ser esse motivo se não o de que a falta do ato provoca prejuízo às partes? Portanto, quando a lei diz que há falta de ato essencial ou de formalidade essencial gera nulidade do processo é porque ela

⁵⁰ Essa é a mensagem que nos deixa o art. 5º da Constituição Federal de 1988, *verbis*: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Penal. organizadores Salim, Trigueiros e Távora. - 4. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 374

⁵² MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

determinou que essa omissão gera prejuízo. Em outras palavras, o prejuízo está na nulidade.

Isto é, se o pleito de reconhecimento da nulidade não está pautado nas hipóteses do art. 564, que traz especificamente situações que causam a declaração de nulidade, o magistrado deve ser capaz de comprovar que a formalidade descumprida naquele momento não causou nenhum resquício de dano à parte. Caso contrário, a regra é que a nulidade seja declarada.

Meireles ainda traz outro ponto a ser levado em consideração. O legislador penal não exigiria prova que é impossível de ser demonstrada, e o prejuízo por formalidade que não foi cumprida é uma prova impossível.

Nulidade é omissão.⁵³ Sendo omissão, para que se fizesse prova do prejuízo teria que ser feita análise da situação quando a formalidade é cumprida e quando não é, o que, na prática, é completamente inviável.

Como definir o prejuízo do que não ocorreu? Como demonstrar judicialmente que a falta de um ato causou prejuízo e que se o ato tivesse ocorrido de acordo com os ditames legais aquele prejuízo não existiria?

A resposta é simples. Não é possível, ao menos, não na prática.

Muito mais acertada é a interpretação de que o magistrado ao analisar a situação deveria demonstrar a inoccorrência do prejuízo, levando em consideração o que ocorreu no processo e não o que poderia ter ocorrido.

Ou seja, o que se busca não é que a ideia de prejuízo seja completamente excluída da teoria das nulidades, em contrário, como mencionado nos capítulos anteriores, o prejuízo é a espinha dorsal do tema nulidades, mas não é o único elemento que a compõe.

Diante da interpretação proposta, registrar a inoccorrência do prejuízo não é um impedimento à declaração de nulidade, mas é um reconhecimento de que se não há prejuízo não há o elemento principal de sua identidade.

Mas, há de se pensar também na dúvida do juiz sobre a existência do prejuízo. Nesses casos, nada mais justo do que a aplicação de outra garantia elementar do processo penal, o princípio *in dubio pro reo*. Quando o magistrado não

⁵³MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

está diante do prejuízo efetivo, mas sim do prejuízo duvidoso, potencial, deve aplicar o *in dubio pro reo* e declarar a nulidade favorável à defesa.⁵⁴

Como se vê, a doutrina estabelece conceitos e interpretações que fazem com que o instituto *Pas de nullité sans grief* possa ser utilizado em conjunto com a Constituição da República e com o sistema acusatório de processo penal. Mas esse não é o único problema que abarca a forma como a jurisprudência tem lidado com o instituto em estudo.

A ideia de prejuízo foi tratada, até este momento, como um conceito amplo e genérico que abre espaço para diversas interpretações jurisprudenciais. Por essa razão, as decisões sobre o que deveria ser o prejuízo não são unificadas, pelo contrário, os julgados são desconexos e não atendem à necessidade que o sistema requer.

Para que o prejuízo seja ou não reconhecido, é preciso que existam critérios, requisitos que possam, em primeiro momento, auxiliar o julgador a identificar uma presunção de lesão⁵⁵.

Por exemplo, quais defeitos que se cometidos podem indicar que houve uma lesão ao processo? É sabido que a lei foi omissa nesse sentido, mas então, cabe aos tribunais distinguir condutas que levariam a uma análise mais profunda por indicar uma lesão daquelas que não se presume nenhum dano.

No entanto, a jurisprudência é falha nesse quesito, diversos são os julgados que negam a declaração da nulidade pela utilização da interpretação errada do art. 563, como demonstrado acima, mas que, no entanto, sob a interpretação correta estaria nítida a violação legal e a lesão presumida.

É dizer, sem o estabelecimento de critérios claros e unificados sobre o assunto não é estranho ver uma decisão em que o julgador nega a declaração de nulidade mesmo diante de uma prisão cautelar que não cumpriu com as formalidades exigidas, ou seja, mesmo que o indivíduo seja preso, retirado de sua liberdade, atribuído à medida cautelar mais gravosa do sistema penal brasileiro, ainda assim, em muitos julgados, não estaria configurado o prejuízo.

⁵⁴MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

⁵⁵ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief“ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015., p. 154

Ora, como se a prisão cautelar determinada de forma irregular não fosse prejuízo suficiente. Há de se questionar, se nem mesmo a perda da liberdade de um indivíduo é tida como prejuízo satisfatório, o que será?

É exatamente por esse motivo que se propõe uma mudança na jurisprudência brasileira em matéria de nulidades, as decisões devem ser unificadas com o objetivo de estabelecer critérios para que casos de gravidade clara não sejam rechaçados pelos tribunais.

Deve-se ressaltar, e aqui se faz importante relembrar concepções trazidas no primeiro capítulo, que as formas estabelecidas pelo legislador a serem seguidas no cumprimento de um ato processual tem motivo para existir. Não se cria formas apenas por questões procedimentais, instrumentais, a forma tem um caráter garantista que lhe é inafastável.⁵⁶

Como explica Alberto Binder⁵⁷, deve estar claro o que a forma busca proteger, as garantias que deve resguardar, caso contrário, estará protegendo apenas as rotinas e os ritmos da burocracia judicial.

Mas, para que se compreenda na prática o porquê da mudança ser tão necessária, é primordial analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça que demonstram, como será exposto a seguir, que as decisões e arestos não seguem nenhum critério unificador da matéria de nulidades, pelo contrário, utiliza a interpretação errada do art. 563 do Código de Processo Penal.

⁵⁶ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief“ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 161

⁵⁷ “Si no está claro lo que deben proteger las formas procesales, entonces ellas protegerán la rutina, los ritos y los ritmos de la burocracia judicial”. BINDER, Alberto M. “El incumplimiento de las formas procesales. 12 ed. 1º reimp. - Buenos Aires, Ad- Hoc, 2009. p.43

4 A TEORIA DAS NULIDADES PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até este momento, buscou-se introduzir e lançar novas perspectivas a respeito da utilização da teoria das nulidades e, mais especificamente, o instituto *Pas de nullité sans grief*, objeto do presente trabalho, de forma a fazer entender que a jurisprudência sobre a matéria causa insegurança jurídica e vai contra o sistema acusatório de processo penal, demarcado na Constituição Federal de 1988.

Chega o momento de se debruçar sobre o entendimento do Superior tribunal de Justiça relativo a matéria da instrumentalidade das formas e do prejuízo, em virtude de melhor compreender e exemplificar que é preciso uma unificação nas decisões e o estabelecimento de um sistema que defina quais os critérios a serem seguidos quando da declaração de nulidade de um ato.

4.1 AS MEDIDAS CAUTELARES A TEORIA DO PREJUÍZO

Muitos são os julgados do STJ que podem ser utilizados para demonstrar que a utilização da teoria do prejuízo não é condizente com o sistema processual atual. No entanto, como forma exemplificativa, e sem nenhuma pretensão de exaurir o tema, será abordado o Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 134341 para se compreender um pouco sobre como as medidas cautelares diversas da prisão decretadas em desacordo com a forma processual não são consideradas prejuízo suficiente para o Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro momento, antes de analisar o julgado em questão, é imprescindível lançar luz sobre o tema de maneira a contextualizar o caso e facilitar a compreensão dos elementos argumentativos.

Trata-se de investigação chamada de “Operação Lama Asfáltica” que investiga diversas pessoas pelos crimes de fraude em procedimento licitatório, cartelização de empresas e corrupção de servidores públicos do estado do Mato Grosso do Sul, e que perdura desde o ano de 2017, sem previsão para que seja concluída.⁵⁸

⁵⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 134.341/SP**. Rel Min. Laurita Vaz. Julgado em 07 dez. 2021. Publicado em 14 dez. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=142025295&num_registro=202002356217&data=20211214&tipo=0>. Acesso em: 16 nov. 2022

No caso em comento, que gerou o RHC 134341, foram decretadas medidas cautelares, tais como busca e apreensão, bloqueio patrimonial e quebra de sigilo bancário e fiscal.

O julgado se atenta às irregularidades que a defesa alega terem ocorrido quando da decretação das medidas cautelares, e que perduram desde 2017, ou seja, há mais de 05 anos.

Feito o panorama inicial, a alegação do impetrante originariamente no Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª região arguia a imparcialidade da magistrada do juízo de origem (3ª Vara Federal de Campo Grande/MS) quando da decretação das medidas cautelares.

Argumentou a defesa que houve descumprimento de formalidade essencial ao ato quando o parecer do Ministério Público sobre as medidas cautelares não aportou na unidade judiciária até o dia 11/05/2017, enquanto que a decisão da magistrada já havia sido exarada, em 09/05/2017 e, mesmo sendo produzida em data anterior, a decisão citava o parecer do *parquet*.

Assim a alegação no Habeas Corpus originário foi embasada na suposta imparcialidade da magistrada de primeiro grau, e buscava a suspensão dos atos de investigação por ela deferidos, além de sustar o cumprimento de qualquer medida cautelar.

Já no RHC 134341, a defesa levanta a nulidade das decisões judiciais que deflagraram a 4ª fase da Operação Lama Asfáltica, justamente porque na data em que foram confeccionadas, os autos da investigação estavam com carga para o Ministério Público Federal.

E não é só, a defesa também afirmou que houve fraude processual, pois o carimbo de recebimento do parecer ministerial com a data de 02 de maio de 2017 na verdade só teria sido colocado quando a irregularidade processual foi questionada no Habeas Corpus originário.

Como forma de comprovar isso, a defesa apresentou cópia dos autos que foi feita no dia 11 de maio de 2017 em que, apesar de ser data posterior ao dia 02/05, ainda não constava o carimbo de recebimento nos autos.

Diante de tudo que já foi mencionado anteriormente, há de se questionar, o descumprimento de uma irregularidade, como ocorreu no caso, em que a magistrada, supostamente, teve acesso aos autos antes do processo retornar à

unidade judiciária é prejuízo suficiente para que a nulidade seja declarada e as medidas cautelares sejam suspensas?

E mais, a unidade judiciária ter, supostamente, tentado corrigir a irregularidade com aposição de carimbo em data posterior à que consta no parecer pode ser considerado saneamento do ato judicial e, portanto, isenta o processo de qualquer alegação de nulidade?

O entendimento do STJ foi o seguinte⁵⁹:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE DAS DECISÕES QUE DEFERIRAM MEDIDAS CAUTELARES NA QUARTA FASE DA OPERAÇÃO LAMA ASFÁLTICA. TESE DE PARCIALIDADE DA MAGISTRADA, QUE TERIA DEFERIDO DILIGÊNCIAS E DECRETADO PRISÃO PREVENTIVA QUANDO SEQUER OS AUTOS ESTAVAM CONCLUSOS PARA JULGAMENTO, COM POSTERIOR FRAUDE DE MOVIMENTAÇÕES PROCESSUAIS PARA OCULTAR A ILEGALIDADE. ALEGAÇÕES NÃO COMPROVADAS. EVENTUAIS INCONSISTÊNCIAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS INVIÁVEL NA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO

Como se vê na ementa do julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não houve demonstração de prejuízo e que as “eventuais inconsistências” foram devidamente justificadas.

Isso porque foram requisitadas informações à unidade judiciária da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS sobre o processo, ao passo que o magistrado, apesar de ter informado sobre as irregularidades ocorridas, também admitiu que não atuava naquela unidade judiciária na época do acontecimento.

A magistrada responsável pela decisão que decretou as medidas cautelares era substituta na época, de modo que é necessário questionar, como um magistrado não atuante no feito é capaz de explicar as irregularidades aventadas.

Como afirma o próprio juiz, “De início, pontuo que este Magistrado assumiu a titularidade plena da 3ª Vara Federal a partir de 27/03/2018, momento em que passou a atuar nos feitos relacionados a “Operação Lama Asfáltica”⁶⁰

Diante disso, mais uma razão para se questionar, o prejuízo que o tribunal superior considera não demonstrado, deveria ser ônus da defesa?

⁵⁹ Id, 2021, p.01

⁶⁰ Id, 2021, p.03

Se o entendimento fosse invertido, as informações prestadas por um magistrado não atuante no processo na época dos acontecimentos seriam consideradas suficientes para afastar o prejuízo?

Em seu voto, a relatora Min. Laurita Vaz afirmou que⁶¹

Como se vê, o Recorrente tenta demonstrar parcialidade da Magistrada Federal então atuante no feito, bem como fraude na confecção dos autos, ao argumento de que as decisões que deferiram diligências e a sua prisão preventiva teriam sido proferidas antes da chegada dos autos à Justiça, sem demonstrar inequivocamente a ocorrência de suas alegações.

Ao revés, as inconsistências encontradas na autuação das medidas cautelares foram devidamente justificadas pelo Juízo Federal de primeiro grau, com alicerce na realidade dos autos, que demonstrou de forma adequada a marcha processual tomada, sem qualquer irregularidade aferível na via de cognição sumária do rito de habeas corpus.

Friso que deve-se prestigiar, também no processo penal, os princípios da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief*, razão pela qual nulidade dos atos processuais praticados deve ser declarada somente quando comprovado prejuízo para a parte, o que não foi evidenciado no caso.

O que chama atenção no conciso voto da excelentíssima Ministra Laurita Vaz é a menção ao prejuízo e o prestígio à instrumentalidade das formas sem nenhuma motivação ou contexto que possibilite ao leitor compreender o porquê da inexistência do prejuízo no caso.

Da detida análise feita sobre esse voto, observa-se que as irregularidades apontadas não restam demonstradas *in totem* e inequivocamente, o que não significa que sejam inexistentes, pelo contrário.

Todavia, e isso é um alerta, da mesma forma que as teses defensivas foram repugnadas por argumentos que possuem irregularidades, como a já citada manifestação de um juiz que não atuava no feito na época dos acontecimentos, caberia uma devida explanação do porquê, apesar dos indícios, o prejuízo não foi demonstrado para a eminente julgadora.

Retorna-se, assim, ao problema dos julgados que envolvem o tema das nulidades e a demonstração do prejuízo como requisito do *Pas de nullité sans grief*. Se a decretação de medidas cautelares constritivas, desde busca e apreensão até bloqueios de bens patrimoniais não são considerados como indicadores de lesão às

⁶¹ Id, 2021, p.06

formas processuais e à integridade do processo e, portanto, do judiciário, então o que será considerado?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao trazer consigo a devido processo legal como garantia das partes, principalmente da defesa, buscava acabar com o passado de inquisitorialidade e injustiças que assolavam o sistema de processo penal brasileiro.

Na verdade, não é estranho afirmar que a propagação de um sistema não unificado quanto às suas nulidades é um sistema refém do modelo inquisitório, que não condiz com as garantias constitucionais e com a posição cabível às partes e ao magistrado dentro de um processo judicial.

No caso em comento, a E. Relatora negou provimento ao Recurso em Habeas Corpus nº 134.341 por entender que não havia nulidade a ser reconhecida. Apesar de sua decisão, e por tudo que foi exposto sobre o julgado, se a análise tivesse sido construída por um olhar diferente, o prejuízo da não declaração de nulidade deveria ser demonstrado pela julgadora e não pelas partes, o que poderia ter mudado o rumo do *decisium* e, conseqüentemente, da vida do recorrente.

Mas a declaração de medidas cautelares diversas eivadas de irregularidades formais não é o único tema em que o Superior Tribunal de Justiça utiliza a teoria do prejuízo de maneira errada, de modo que é importante compreender como o tribunal julga com base em diferentes vertentes.

4.2 A PRISÃO PREVENTIVA E A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Assim como no julgado anterior, o Superior Tribunal de Justiça utiliza o *Pas de nullité sans grief* para denegar o requerimento de declaração de nulidade de atos processuais que desrespeitam às formas previstas em lei.

Não diferente disso, no julgado a ser analisado nesse momento o tratamento da matéria é o mesmo, e a ideia do que é ou do que deveria ser prejuízo suficiente continua turva, sem possibilidade de se entender o que pode ou não ser alegado.

Mas antes de analisar o julgado em si, e da mesma forma como feito anteriormente, inicialmente é importante fazer um panorama inicial acerca do caso para melhor compreensão posterior.

Sendo assim, trata-se, inicialmente, de um Auto de Prisão em Flagrante (APF) em que se investiga a tentativa de homicídio qualificado — art. 121, §2, inciso VII, c/c artigo 14, inciso II, ambos do CPB e Artigo 28 da Lei 11.343/2006.⁶²

Denota-se que o acusado estava conduzindo um veículo quando percebeu a presença da guarnição policial e ao tentar se evadir do local, colidiu o carro. Além disso, ao sair do veículo, ele teria disparado contra os policiais que conseguiram detê-lo.⁶³

Diante desses fatos, foi decretada a prisão em flagrante do acusado e posteriormente convertida em preventiva, mesmo sem a representação policial ou do Ministério Público.

Vale salientar que, a prisão preventiva só pode ser decretada após requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, como demonstra a redação do art. 311 do CPP,

em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.⁶⁴

Assim sendo, foi com base no descumprimento dessa normativa que a defesa do acusado buscou a revogação da prisão preventiva e pleiteou a declaração de nulidade do ato.⁶⁵

Mais uma vez, necessário trazer o questionamento, a restrição da liberdade de ir e vir do indivíduo, por meio da medida cautelar mais gravosa que é a prisão preventiva, se decretada com alguma irregularidade formal, em desacordo com a norma processual penal, é prejuízo suficiente para que a nulidade seja reconhecida?

O Superior Tribunal de Justiça adotou o seguinte posicionamento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. PRÉVIO

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 648107 ES. Rel Min Felix Fischer. Julgado em 20 abr. 2021. Publicado em 05 mai. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100580757&dt_publicacao=05/05/2021>. Acesso em: 18 nov. 2022

⁶³ Id, 2021, p. 11.

⁶⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

⁶⁵ BRASIL. 2021, p.06

REQUERIMENTO. AUSÊNCIA. REQUERIMENTO MINISTERIAL POSTERIOR NO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. SUPERAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA NULIDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI E FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - **O desrespeito das normas que promovem o devido processo legal implica, em regra, nulidade do ato nas hipóteses de descumprimento da sua finalidade e da ocorrência de efetivo e comprovado prejuízo, segundo orientação dos princípios pas de nullité sans grief e da instrumentalidade. No ponto, o princípio da instrumentalidade reforça a manutenção de determinados atos não só pela economia processual, mas pela agilidade que se deve empreender em busca do ato final do processo, a sentença, a teor dos arts. 565 a 572 do CPP.** II - **No que concerne à decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo d. juízo de primeiro grau, insta constar que o posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à medida cautelar extrema suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento, corroborando a higidez do feito e ausência de nulidade processual.** III - **No caso, denota-se que, embora na homologação da prisão em flagrante e sua posterior conversão em custódia preventiva não se tenha observado a formalidade de prévio requerimento pela autoridade policial ou ministerial, em momento posterior, quando do oferecimento da denúncia em desfavor do paciente, houve o requerimento do Ministério Público pela manutenção da prisão preventiva. Nesse aspecto, o referido vício foi superado, evidenciando-se a higidez do feito, de modo que não se configura nenhuma nulidade passível de correção, observado, pois, o devido processo legal.** IV - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. V - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente a forma pela qual o delito foi em tese praticado, consistente em homicídio qualificado, na forma tentada, cometido contra agentes de segurança, sendo que o paciente, ao ser abordado, tentou evadir-se do local e acabou colidindo o veículo, em ato contínuo, saiu do carro empunhando uma arma (revólver taurus calibre.38) e disparou contra os policiais, circunstâncias que revelam a periculosidade concreta do agente e justificam a imposição da medida extrema. VI - Ademais, verifica-se que o decreto encontra-se também concretamente fundamentado para a garantia da ordem pública, notadamente em razão de o paciente ostentar registros criminais, tendo o o d. juízo processante consignado que "Em pesquisas realizadas nos sistemas judiciais foram encontrados registros criminais do Indiciado, sendo (01) Guia de Execução Criminal e (01) Ação Penal no estado da Bahia", o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justifica a imposição da segregação cautelar ante o fundado risco de reiteração delitiva. VII - Deve-se ressaltar, ainda,

que, in casu, não há hipótese de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

O Relator, Min. Félix Fischer aderiu ao entendimento que a nulidade só deve ser declarada quando a finalidade do ato for prejudicada e ocorrer prejuízo efetivo e comprovado e que o instituto *Pas de nullité sans grief* é utilizado em função da economia processual e da agilidade que deve buscar atingir para que se chegue ao ato final por excelência, a sentença.⁶⁶

Mais uma vez o julgador repisa um pensamento que é amplamente divulgado pelo STJ, a necessidade de demonstração de prejuízo sem nenhum cuidado em definir o que de fato é essa necessidade.

Afinal, a jurisprudência em análise apresenta um caso de medida restritiva extrema que foi determinada sem os requisitos necessários exigidos pela lei. Não seria a constrição de liberdade de um indivíduo considerado prejuízo suficiente?

Se uma garantia fundamental disposta no art. 5º da Constituição da República Federativa não é suficiente para que a nulidade seja declarada, então o que será?

O próprio julgador deixa claro que a regra disposta no art. 311 foi descumprida, como se vê:⁶⁷

denota-se que, embora na homologação da prisão em flagrante e sua posterior conversão em custódia preventiva não se tenha observado a formalidade de prévio requerimento pela autoridade policial ou ministerial, em momento posterior, quando do oferecimento da denúncia em desfavor do paciente, houve o requerimento do Ministério Público pela manutenção da prisão preventiva. Nesse aspecto, o referido vício foi superado pelo posterior requerimento do Ministério Público pela prisão preventiva, evidenciando-se a higidez do feito, de modo que não se configura nenhuma nulidade passível de correção, observado, pois, o devido processo legal.

Aqui estão presentes duas questões, a primeira é a comprovação de que para o tribunal superior, a constrição da liberdade de ir e vir não pode ser

⁶⁶ Nas exatas palavras do Min. Relator, "... o desrespeito das normas que promovem o devido processo legal implica, em regra, nulidade do ato nas hipóteses de descumprimento da sua finalidade e da ocorrência de efetivo e comprovado prejuízo ... o princípio da instrumentalidade reforça a manutenção de determinados atos não só pela economia processual, mas pela agilidade que se deve empreender em busca do ato final do processo, a sentença, a teor dos arts. 565 a 572 do CPP."

⁶⁷ BRASIL, 2021, p. 10

considerada como prejuízo suficiente à defesa, a ponto de justificar que a nulidade do ato processual seja reconhecida.

E o segundo ponto é que a posterior manifestação do *parquet* pela manutenção da prisão preventiva do paciente é capaz de afastar o vício escancaradamente existente. Ocorre que, e talvez isso não seja considerado pelos eminentes ministros, independentemente de posterior retificação do ato, o tempo em que o acusado ficou preso irregularmente não pode ser apagado.

Assim, mais um questionamento é necessário: um indivíduo ser mantido em cárcere irregularmente, independentemente do tempo, não deveria ser mais importante do que a economia processual e a agilidade a que se busca uma sentença?

A inviolabilidade do direito à liberdade não deve ser considerada antes da celeridade da justiça?

Diante de um viés constitucionalista, a resposta para ambas perguntas é a mesma, uma prisão irregular deve ser relaxada e se tal irregularidade advém da própria lei, que é subordinada à Constituição, então é ainda mais gravosa a medida constritiva.

Além das jurisprudências utilizadas neste trabalho, em diversas outras ocasiões o Superior Tribunal de Justiça entende pela não declaração de nulidade pela falta de comprovação do prejuízo.

Como em casos que envolvem o tratamento do magistrado para com o réu no tribunal do júri⁶⁸ ou que recebem inicial acusatória que não cumpre— ou quase não cumpre— com os requisitos expostos no art. 41 do CPP⁶⁹.

Inobstante o caso, o STJ tem um pensamento consolidado sobre as nulidades e é muito difícil encontrar um julgado em que a interpretação do princípio da instrumentalidade das formas seja de acordo com a Constituição de 1988 e com o sistema acusatório de processo penal.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 410.161/PR, Rel Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Julgado em 17 abr. 2018. Publicado em 27 abr. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701869750&dt_publicacao=27/04/2018>. Acesso em 21 nov. 2022

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 354.841/SC, Rel Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Julgado em 09 ago. 2016. Publicado em 24 ago. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601106045&dt_publicacao=24/08/2016>. Acesso em 21 nov. 2022

4.3 A EXCEPCIONALIDADE DO HC Nº 130.197/DF

Apesar das dificuldades, não é impossível encontrar uma jurisprudência em que o Superior Tribunal de Justiça tenha declarado a nulidade do ato processual por entender que a constrição cautelar já é prejuízo suficiente para a defesa.

Esse é o caso do Recurso em Habeas Corpus nº 130.197/DF, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, que será utilizado para abordar como os tribunais deveriam decidir com relação à aplicação das nulidades e da teoria do prejuízo.

Inicialmente, para melhor contextualização do caso, trata-se de investigação policial que foi nomeada de “Operação Grabato”, cujo intuito é “apurar a contratação de serviços e equipamentos para a realização de um hospital de campanha nas instalações do Estádio Nacional de Brasília, voltado para o enfrentamento da pandemia do covid-19.”⁷⁰

Assim, foram cumpridos mandados de busca e apreensão que, depois, se tornaram objeto de habeas corpus interposto pela defesa de um dos investigados, pleiteando a nulidade da medida cautelar pela incompetência do juízo estadual uma vez que a investigação estaria relacionada a valores oriundos de repasses da União e fiscalizados pela Controladoria Geral da União (CGU) e pelo Tribunal de Contas da União (TCU).⁷¹

A ordem foi concedida parcialmente e reconheceu a incompetência da Justiça Estadual com o devido encaminhamento dos autos à Justiça Federal, no entanto, não foi concedida a declaração de nulidade da cautelar, presente até aquele momento.⁷²

Diante disso a defesa do paciente ingressou com o Recurso em Habeas Corpus 130.197 para pleitear a nulidades das investigações em função do descumprimento do art. 311 do Código de Processo Penal pelo juízo incompetente de primeiro grau.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 130.197/DF, Rel Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. Julgado em 27 out. 2020. Publicado em 03 nov. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001684051&dt_publicacao=12/11/2020>. Acesso em 21 nov. 2022. p.04

⁷¹ Id, 2020, p. 04

⁷² Id, 2020, p. 05

E, ao contrários dos exemplos analisados anteriormente, a decisão do STJ foi a seguinte⁷³:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. "OPERAÇÃO GRABATO". INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. NÃO RECONHECIMENTO. 2. TEORIA DO JUÍZO APARENTE. NÃO APLICAÇÃO. 3. VERBAS DA UNIÃO. COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19. HOSPITAL DE CAMPANHA. SUPERVISÃO DIRETA E EXPLÍCITA DA CGU. COMPETÊNCIA FEDERAL MANIFESTA. 4. PREJUÍZO DEMONSTRADO. PRIVACIDADE DEVASSADA. JUÍZO SABIDAMENTE INCOMPETENTE DESDE O INÍCIO. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. PRECEDENTES. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O recorrente pretende anular as investigações relativas à "Operação Grabato", em especial a busca e apreensão, bem como as provas derivadas, em virtude de ter sido deferida por Juízo incompetente, situação já reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Não se discute, portanto, a incompetência, mas apenas suas consequências. 2. A situação dos autos não autoriza a aplicação da teoria do juízo aparente. Como é de conhecimento, referida teoria autoriza o aproveitamento de atos decisórios emanados por autoridade judicial incompetente que, à época, era tida por aparentemente competente. De fato, nesses casos, a declinação de competência não possui o condão de invalidar as diligências autorizadas por Juízo que até então era competente para o processamento do feito. Contudo, na presente hipótese, não há se falar em competência aparente nem em descoberta superveniente de elementos que atraem a competência da Justiça Federal. 3. A própria decisão que deferiu a busca e apreensão destaca que a investigação se refere a quantias repassadas pela União para combate à pandemia de Covid-19, relativa ao hospital de campanha, tendo, inclusive, autorizado que o cumprimento da medida fosse acompanhado pela Controladoria-Geral da União, com compartilhamento de provas. Ademais, é assente na doutrina e na jurisprudência a competência da Justiça Federal para processar e julgar os feitos e procedimentos relativos ao desvio de verbas da saúde repassadas pela União, haja vista o dever do governo federal de supervisionar essas verbas (Fundo de Saúde do Distrito Federal, oriundo de repasses da União e fiscalizado pela Controladoria Geral da União e pelo Tribunal de Contas da União). (...) 4. **A nulidade indicada se refere ao reconhecimento da incompetência do Juízo que determinou a medida de busca e apreensão. Tem-se, portanto, manifesto o prejuízo suportado pelo recorrente, que teve sua privacidade, a qual é protegida constitucionalmente, devassada por Juízo sabidamente incompetente desde o início.** Dessarte, quem produz prova sem ter competência provoca prova ilícita, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal, sem possibilidade de ter, no ponto, visão utilitária. Precedente do STJ. 5. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento, para reconhecer a nulidade da busca e apreensão, bem como das provas derivadas, com o consequente desentranhamento do caderno investigatório.

⁷³ Id, 2020, p. 01

Percebe-se que o posicionamento do Min Reynaldo Soares da Fonseca é bem diferente das decisões anteriores. Aqui a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão já é considerada como prejuízo suportado e devidamente comprovado pelo acusado, em virtude da constrição do direito à liberdade.

O respeito às formas não é deixado de lado em prol de economia processual ou da celeridade da justiça, nessa decisão o eminente relator compreende que se trata da liberdade e da vida de um indivíduo e o cumprimento das formas é um direito do réu de resguardar sua integridade e de passar por um devido processo legal.

Segundo as palavras de Benjamin Constant⁷⁴, a observância das formas preserva o arbítrio, pois as formas são as protetoras da inocência e sem elas tudo seria obscuro. Para ele as formas estão em evidência e é somente a elas que o oprimido, isto é, o acusado, pode recorrer.

É de acordo com esse pensamento que o Ministro Relator decidiu anular as investigações da “Operação Grabato”, em virtude das irregularidades acontecidas. Em suas palavras,⁷⁵

Quanto à nulidade propriamente dita, importante assentar, em um primeiro momento, que prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo. Como é cediço, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora, portanto, o princípio *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

Na hipótese dos autos, a nulidade indicada se refere ao reconhecimento da incompetência do Juízo que determinou a medida de busca e apreensão. Tem-se, portanto, manifesto o prejuízo suportado pelo recorrente, que teve sua privacidade, a qual é protegida constitucionalmente, devassada por Juízo sabidamente incompetente desde o início. Dessarte, quem produz prova sem ter competência provoca prova ilícita, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal, sem possibilidade de ter, no ponto, visão utilitária.

⁷⁴ “O que preserva do arbítrio é a observância das formas. As formas são as divindades tutelares das associações humanas; as formas são as únicas protetoras da inocência; as formas são as únicas relações do homem entre si. Fora delas, tudo é obscuro: tudo está entregue à consciência solitária, à opinião vacilante. Somente as formas estão em evidência, é somente às formas que o oprimido pode apelar”. CONSTANT, Benjamin. Escritos de política, Ed. Martins Fontes, 2005, p. 156

⁷⁵ BRASIL, 2020, p. 18-19

Constata-se que o voto do ministro não ignora a existência do *Pas de nullité sans grief* ou a existência do prejuízo como um elemento necessário à declaração de nulidade. No entanto, o que o voto reproduz é que uma medida cautelar, que afeta diretamente a privacidade do indivíduo, como ocorre no cumprimento de mandados de busca e apreensão, é prejuízo suficiente para gerar a nulidade das investigações.

Mas isso não significa que o acórdão acima mencionado é irreparável, há de ser reconhecida a iniciativa do ilustre julgador por ter adotado pensamento contrário aos outros membros da corte, como visto em outros julgados.

Mas sua decisão não cancela a urgente necessidade de criação de requisitos capazes de delimitar o que pode ser considerado prejuízo. Além disso, esses requisitos seriam melhor explorados pelo próprio julgador, pois estaria a cargo deste a obrigação de apresentar a falta de prejuízo advinda da irregularidade vergastada, como foi apresentado nos capítulos anteriores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que até aqui foi exposto, é importante relembrar informações trazidas anteriormente e que são imprescindíveis para a devida conclusão do presente.

Relembra-se que o objetivo principal deste trabalho é a demonstração de que o Superior Tribunal de Justiça aplica o *Pas de nullité sans grief* e a teoria do prejuízo de maneira errada, incoerente com o sistema acusatório e com diversos princípios constitucionais.

Para isso foi apresentado o contexto doutrinário em que se encontra o instituto e como ele deveria ser utilizado. Segundo Flávio Meireles⁷⁶, a forma como a jurisprudência utiliza o *Pas de nullité sans grief* de maneira incorreta, o que propõe o autor é que não se declare a nulidade caso seja demonstrada a inocorrência do prejuízo.

Para ele, faz muito mais sentido que o magistrado tome para si essa missão de comprovar, por meio dos fatos dentro do processo, que a irregularidade do ato processual não causou nenhum prejuízo à parte que pleiteia a nulidade. E ainda vai além, afirma que em caso de dúvida, os tribunais cumpram com o princípio *in dubio pro reo* e declarem a nulidade favorável à defesa.

Além disso, de acordo com o autor Daniel Zaclis⁷⁷, os julgados nacionais carecem de unificação quanto ao tema das nulidades. Propõe que sejam criados requisitos que possam mostrar ao julgador que determinadas condutas merecem um olhar mais atento, capaz de indicar a presunção de uma lesão.

Todas essas medidas se mostram necessárias quando se analisa a jurisprudência nacional. Passando às conclusões da pesquisa, três jurisprudências foram retratadas, duas delas foram trazidas para expor o que se critica desde o início deste presente.

A falta de unicidade entre as decisões, associadas com a errada e incoerente interpretação da instrumentalidade das formas e da teoria do prejuízo, em

⁷⁶ MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019.

⁷⁷ ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief“ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 154

conjunto com a insistência de tratar o processo penal tal qual o processo civil, acarretam os impropérios vistos no último capítulo.

Tanto a decisão que negou provimento ao Recurso em Habeas Corpus 134.341, quanto a decisão de desprovimento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 648107, são meros exemplos do que os tribunais de todo o país insistem em fazer.

Na primeira, se observou que as constrições cautelares de busca e apreensão, bloqueio patrimonial, entre outras, não foram consideradas suficientes para acarretar a nulidade da decisão irregular, em virtude da falta de demonstração de prejuízo por parte da defesa.

O que aconteceria se coubesse à eminente relatora do processo demonstrar que aquela decisão não causou prejuízo à defesa? certamente o julgado teria tomado um rumo diferente.

Se a interpretação sugerida por Flávio Meireles, Gustavo Badaró, entre outros, tivesse sido aplicada, como haveria a ilustríssima julgadora de dizer que a quebra da privacidade e o bloqueio de todos os bens do recorrente não seria prejuízo suficiente?

Com relação ao segundo caso, o fato de ter sido exarada uma decisão de conversão de prisão em flagrante para prisão preventiva sem o requerimento prévio de autoridade policial ou membro do Ministério Público, em descumprimento ao art. 311 do CPP, não foi considerada como motivo para declaração de nulidade da mesma.

Na verdade, o eminente relator do processo entendeu que houve a convalidação do ato irregular, na medida que posteriormente, quando do oferecimento de denúncia, o *parquet* se manifestou pela manutenção da prisão preventiva.

De forma que, mesmo que ao agravante tenha sido destinada a medida cautelar mais gravosa do sistema jurídico, qual seja a prisão preventiva, esta, além de não ter sido considerada como dano ou prejuízo suficiente, também foi convalidada por ato posterior, em total descaso com o tempo em que o agravante ficou preso, privado de sua liberdade, de forma irregular.

Assim, mais uma vez é preciso questionar, o que aconteceria se o “ônus da prova”, ou seja, se a comprovação de que não houve dano suficiente ao acusado coubesse ao magistrado? a decisão seria a mesma?

Entende-se que não, em resposta aos princípios do *in dubio pro reo*, da ampla defesa e do devido processo legal, caso coubesse ao magistrado apresentar que não houve prejuízo, haveria de dizer que o agravante estar preso irregularmente não seria suficiente para o reconhecimento da nulidade.

Diante dessas assertivas, chega-se à conclusão de que a resposta para a problemática deste trabalho é afirmativa, ou seja, entende-se que sim, o Superior Tribunal de Justiça aplica o instituto *Pas de nullité sans grief* de maneira errada, incoerente com a origem do instituto, com a doutrina e com a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BINDER, Alberto M. **El incumplimiento de las formas procesales**. 12 ed. 1º reimp. - Buenos Ares, Ad- Hoc, 2009.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Penal. organizadores Salim, Trigueiros e Távora. - 4. ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. organização Anne Joyce Angher. - 29. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº.3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 10 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 03 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus nº 134.341/SP**. Rel Min. Laurita Vaz. Julgado em 07 dez. 2021. Publicado em 14 dez. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=142025295&num_registro=202002356217&data=20211214&tipo=0>. Acesso em: 16 nov. 2022

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 648107 ES**. Rel Min Felix Fischer. Julgado em 20 abr. 2021. Publicado em 05 mai. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100580757&dt_publicacao=05/05/2021>. Acesso em: 18 nov. 2022

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 410.161/PR**, Rel Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Julgado em 17 abr. 2018. Publicado em 27 abr. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701869750&dt_publicacao=27/04/2018>. Acesso em 21 nov. 2022

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 354.841/SC**, Rel Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Julgado em 09 ago. 2016. Publicado em 24 ago. 2016. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601106045&dt_publicacao=24/08/2016>. Acesso em 21 nov. 2022

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 130.197/DF**, Rel Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. Julgado em 27 out. 2020. Publicado em 03 nov. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001684051&dt_publicacao=12/11/2020>. Acesso em 21 nov. 2022

CAVANI BRAIN, Renzo. **Nulidad e forma en el proceso civil**: perspectiva histórica de la función de la nulidad procesal en su camino hacia el modelo de la finalidad. *Derecho & Sociedad*, n. 38, p. 215-236, 2012

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

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**, ed. Martins Fontes, 2005

FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista Faculdade Direito Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 3, 1963,

FIUZA, César. Ensaio crítico acerca da teoria das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 32, 1999

GLOECKNER, R. J. **Nulidades no processo penal introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

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

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

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado**. disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. 2019

PASCHOAL, Jorge Coutinho. As nulidades no processo penal e o prejuízo. **Revista Fórum de Ciências Criminais**. 2014

ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais**: construção de um modelo racional de aplicação do „pas de nullité sans grief” no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015