

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS MATEUS TEIXEIRA DE LIMA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ANO DE 2022

CURITIBA

2023

LUCAS MATEUS TEIXEIRA DE LIMA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ANO DE 2022

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ANO DE 2022

LUCAS MATEUS TEIXEIRA DE LIMA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

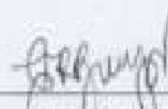


---

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior  
Orientador

---

Coorientador



---

Clara Maria Peman Borges  
1º Membro



---

Rui Carlo Dispenha  
2º Membro

Dedico este trabalho a todos que me ajudaram ao longo da minha trajetória na UFPR, em especial (in memoriam) ao Robson (Robinho).

## AGRADECIMENTOS

Todos que me conhecem sabem o quanto este momento de conclusão de curso é importante para mim. Mais do que isso, representa para a minha família a concretização de um sonho, que teve início em 1999 com o meu nascimento: o sonho de ter o primeiro filho concluindo o Ensino Superior. Por isso, ao longo dos meus 23 anos, todos que passaram pela minha vida, mesmo que minimamente, contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Agradeço a Deus, que sempre vem me dando força para continuar, mesmo nas adversidades.

Agradeço aos meus pais, Juarez e Rosemeire, por sempre acreditarem em mim, por sempre estarem juntos comigo me apoiando, bem como por compreenderem as ausências que a Faculdade me fez ter.

Agradeço à Duda, por todo o amor, apoio e companheirismo, por me provar todos os dias que é possível viver um relacionamento, sem perder a minha essência e liberdade.

Agradeço à minha família de Santo André, nas pessoas de Viviam, Carlos, Francisco, Tia Socorro e Cida, que em um dos momentos mais difíceis da minha vida, me ajudaram.

Agradeço ao meu mestre, professor e amigo, André Peixoto, que desde 2018 se tornou um verdadeiro membro da minha família.

Fazer parte da melhor Faculdade de Direito do Sul do país é ter o privilégio de ter aula com os melhores professores. Por isso, nas pessoas da Profa. Dra. Ângela Fonseca, da Profa. Dra. Larissa Ramina, do Prof. Dr. André Peixoto, do Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira, do Prof. Dr. Luiz Fernando e do Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, agradeço aos mestres pelo conhecimento e dedicação ao longo da minha formação na UFPR.

Agradeço aos amigos que fiz na UFPR, em especial à Maria Aparecida, ao Philipe Kowalski, à Amanda Bachmann, ao Lucas Bill, ao Lorenzo Piola, ao Daniel Paulino, à Stefany de Lucas e à Letícia Calaça. Agradeço ao Núcleo de Pesquisa

em Direito Penal Econômico (NUPPE), por tornar as discussões acerca do Direito Penal Econômico tão qualificadas. Ainda, agradeço aos meus irmãos e irmãs do Resistência Ativa Preta UFPR, pelo companheirismo na luta por uma educação jurídica antirracista.

O meu agradecimento especial ao meu orientador Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior pela orientação neste trabalho, e por todo o apoio para que isso fosse possível.

“Lutar. Podes escachá-los ou não, o essencial é que lutes. A vida é luta. Vida sem luta é um mar morto no centro do organismo universal.” (Machado de Assis)

## RESUMO

A nulidade no processo penal, talvez, seja um dos temas mais controvertidos dentro da dogmática processual penal, isso em razão da pouca concordância de conceitos entre a doutrina e a jurisprudência. Com isso, o presente trabalho tem como objetivo apresentar o cenário atual da nulidade no processo penal, a partir de uma pesquisa empírica de decisões do STJ, no ano de 2022. Sabendo da magnitude do tema, o presente trabalho se delimitou em analisar a nulidade no processo penal no âmbito do STJ, a partir do princípio *pas de nullité sans grief*. Tal análise se justifica pela necessidade de se saber o que o STJ vem entendendo sobre o tema nulidade e a aplicação do mencionado princípio. O presente trabalho se divide em três seções. Na primeira seção, é abordada uma perspectiva mais teórica sobre o porquê as regras processuais penais serem flexibilizadas. Na segunda, há uma apresentação sobre a nulidade no processo penal, e as suas contradições legais e doutrinárias. Por fim, na terceira, a partir de uma pesquisa no acervo jurisprudencial do STJ, com os seguintes termos “nulidade” e “*pas de nullité sans grief*” e “processo penal”, dentro do período de 01.01.2022 a 31.12.2022 (data de publicação), no âmbito das duas Turmas Criminais da Corte Superior, quais sejam, 5ª e 6ª Turma, chegou-se ao resultado de 124 Acórdãos proferidos pelas Turmas — 91 pela 5ª, e 33 pela 6ª. A partir dos números levantados, foram estabelecidos alguns critérios de análise: (i) quais os tipos de nulidades arguidas pela Defesa, em que o STJ se utilizou do *pas de nullité sans grief* na fundamentação; (ii) a utilização do *pas de nullité sans grief* para afastar a nulidade arguida, isto é, se a fundamentação se utilizou apenas do princípio ou se demonstrou não haver prejuízo; (iii) quais nulidades foram reconhecidas, sem que houvesse a incidência do princípio. O trabalho conclui que, quando o STJ se utiliza da fundamentação do *pas de nullité sans grief*, é quase impossível que a nulidade seja reconhecida.

Palavras-chave: Nulidade; *Pas de nullité sans grief*; Processo penal.

## LISTA DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 1:</b> Utilização do pas de nullité sans grief pelas Turmas criminais do ST	20
<b>Gráfico 2:</b> Porcentagem de cada turma em que houve o enfrentamento da nulidade, para além da utilização do pas de nullité sans grief	24
<b>Gráfico 3:</b> Utilização de pressupostos processuais civis pelas Turmas	27

## LISTA DE TABELA

**Tabela 1:** Tipo e quantidade de nulidade arguida pela Defesa

20

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS PENAIS</b>	<b>10</b>
1.1 AUTORITARISMO E PROCESSO PENAL	11
1.2 A (IN)DEVIDA TEORIA GERAL DO PROCESSO	14
<b>2 NULIDADES NO PROCESSO PENAL</b>	<b>16</b>
2.1 O CONCEITO DE NULIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	17
<b>3 METODOLOGIA E DADOS ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO <i>PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF</i></b>	<b>18</b>
3.1 METODOLOGIA ADOTADA	18
3.2. NULIDADES ARGUIDAS PELA DEFESA	20
3.3 A UTILIZAÇÃO DO <i>PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF</i>	23
3.4 NULIDADES RECONHECIDAS	27
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>34</b>

## INTRODUÇÃO

A nulidade no processo penal brasileiro é um tema espinhoso, seja porque a nossa sistemática do Código de Processo Penal (CPP) é totalmente confusa, seja porque a doutrina e a jurisprudência não entram num consenso acerca do sistema de nulidades. No ponto da sistemática, numa perspectiva racional, tendo em vista o objetivo do processo penal, o Capítulo sobre Nulidades deveria ser o primeiro do CPP, pois como leciona Rosmar Alencar, antes de saber o que é o certo, deve-se saber o que não é.

O processo penal, numa perspectiva garantista-constitucional, é a contenção do poder punitivo, sendo que o respeito às formas processuais penais<sup>1</sup> significa a contenção do poder punitivo. E para que o processo penal exista como tal, é mais do que necessário que o seu sistema de nulidades seja forte, no sentido de haver uma resposta à altura, na eventualidade do desrespeito às formas processuais.

O devido processo legal é algo que foi conquistado com muita luta<sup>2</sup>. É algo histórico. Assim, mais do que uma garantia constitucional, é uma conquista civilizatória. Com isso, garantir o devido processo legal é falar em garantia da segurança jurídica<sup>3</sup>; e falar nesta, é falar em um sistema de nulidades como a garantia de que havendo uma violação a um direito processual haverá uma resposta — sanção — normativa.

---

<sup>1</sup> Conforme apontado por ALENCAR, Rosmar Rodrigues. ROSA, Alexandre Morais. **No processo penal, a instrumentalidade é do direito material**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 03 jan. 2023: “A forma no processo penal é tão basilar quanto o é a estrutura da razão humana para poder organizar os conteúdos cognitivos. Se a capacidade estrutural humana de relacionar as informações não estiver hígida, teremos uma patologia mental. De idêntica maneira, os conteúdos veiculados no processo devem respeitar os trilhos legais e constitucionais para viabilizar o seu conhecimento válido pelo juiz”.

<sup>2</sup> Sobre o tema, elucida ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. – 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2016, p.286: “Os direitos processuais penais, expressão dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana são tutelados pelo microsistema das nulidades processuais penais. Para se chegar nesse estágio, a experiência histórica contribuiu com a constatação de condenações injustas, torturas, prisões injustificadas ou em condições insalubres, processos sem outorga de direito de defesa, entre outros”.

<sup>3</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** em conformidade com a teoria do direito. – 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 149: “A linguagem formal no campo do processo penal tem o condão de conferir previsibilidade, segurança jurídica, com adoção de um modelo apto a servir de guia para a sua condução, limitando as contingências”.

Ademais, este trabalho adota a perspectiva que entende a nulidade como espinha dorsal do processo penal. Mas para além da questão teórica, entende-se que se deve apresentar a questão prática também, ou seja, o que os tribunais vêm entendendo sobre o processo penal, para a partir disso fazer as devidas críticas, e/ou os devidos elogios.

Nesse âmbito, o trabalho se divide em três momentos. Em um primeiro momento há a problematização sobre o porquê as regras do processo penal brasileiro serem flexibilizadas. Nesse sentido, buscou-se — a partir de duas compreensões para a problemática (a que entende ser um problema do autoritarismo processual penal, e a que entende ser um problema da teoria geral do processo) — demonstrar que a estrutura da nulidade está muito além da normatividade posta. Em um segundo momento, foi abordada a questão teórica da temática. No terceiro momento, buscou-se apresentar o atual estado de coisas na jurisprudência do STJ, com uma pesquisa empírica, em que se analisou todos os acórdãos proferidos no período de 01.01.2022 a 31.12.2022, pelas duas turmas criminais, em que o *pas de nullité sans grief* foi utilizado na fundamentação. Para a delimitação que a pesquisa se propôs, foram utilizados os termos “nulidade” e “*pas de nullité sans grief*” e “processo penal”.

Ademais, nesta primeira parte do trabalho, trabalha-se com o primeiro dentre os três objetivos do trabalho, que a partir de duas possíveis explicações de o porquê as regras processuais serem flexibilizadas.

## **1 FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS PENAIS**

Como visto acima, nesta seção buscou-se apresentar as duas possíveis respostas para o porquê as regras processuais penais são flexibilizadas quando coloca-se a questão das nulidades, isto é, com base em quais premissas estas são afastadas.

### **1.1 AUTORITARISMO E PROCESSO PENAL**

O autoritarismo processual penal no Brasil está muito ligado com a ideologia da instrumentalidade do processo — em especial, nos países em que a política neoliberal prevalece, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, o autoritarismo processual penal se desenvolve a partir de estratégias do governo criminal, em que, como leciona Ricardo Jacobsen Gloeckner, há a

Manipulação conceitual e semântica de ferramentas teóricas que fazem parte do repertório de outras culturas jurídicas e que, a pretexto da globalização e com objetivo de punir estamentos historicamente imunizados contra a perseguição criminal, faz circular a idealização de regras, institutos e teorias jurídicas estrangeiros e não as próprias regras, institutos e teorias.<sup>4</sup>

Tanto é assim, que no âmbito das nulidades processuais penais houve a importação de um princípio de natureza francesa, o famigerado *pas de nullité sans grief*<sup>5</sup>, para relativizar o reconhecimento de nulidades absolutas. Em tese, tal princípio seria aplicado apenas às nulidades relativas, visto que para as nulidades absolutas não há necessidade de se demonstrar o prejuízo, por tratarem de matéria de ordem pública, e, por isso, terem o prejuízo presumido. No entanto, no âmbito da jurisprudência pátria, o prejuízo deve ser demonstrado tanto para a nulidade relativa, quanto para a absoluta. Ainda mais quando se tem a predominância de uma hermenêutica autoritária, em que há a flexibilização de direitos fundamentais. Por isso, enquanto o processo penal não for visto como garantia de direitos fundamentais, e não como um instrumento para se chegar a uma finalidade — em regra, a punição —, não avançaremos, e permaneceremos no cenário de Francisco Campos<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. – 1. Ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 15-16.

<sup>5</sup> PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no processo penal**: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. – Curitiba: Juruá, 2013, p. 51-52: “Nulidade, depois do Código Napoleônico de 1804, estaria vinculada à cláusula da *pas de nullité sans grief*, traduzida literalmente por ‘não existe nulidade sem reprovação’, supostamente identificada como prejuízo. A ideia da reprovação não se vincula à ideia de prejuízo, como se acredita tradicionalmente. Parece não ser ingênua a atribuição da responsabilidade pela criação de prejuízo – conceito que apresenta evidentes distorções em sua interpretação – ao Código Napoleônico, iluminista e progressista da época. A motivação para a suposta fundamentação no código que foi fruto da Revolução Francesa serve como suporte de legitimidade à cláusula sanatória, resguardando o processo da nulidade pela finalidade autoritária que o processo penal assumiu no embate das nulidades”.

<sup>6</sup> DALMAGRO JUNIOR, João Carlos. **CPP e ressignificação autoritária na jurisprudência do STF** (parte 1). Disponível em:

Um dos pontos centrais do autoritarismo processual penal brasileiro é a instrumentalização do processo. Tal lógica vai no sentido da excepcionalidade, isto é, mesmo que exista a previsão de garantia a algum direito processual penal, a excepcionalização criará a exceção — que em verdade será a regra.

O processo penal não existe para satisfazer o gozo estatal pela punição, e sim para garantir ao acusado — parte vulnerável no processo<sup>7</sup> — os seus direitos. Alguns juristas, infelizmente, acreditam que o processo — isto é, as suas regras — é o problema<sup>8</sup>. Todavia, colocar a culpa da criminalidade nas garantias processuais penais é de um reducionismo absurdo. O primeiro ponto é: hoje a regra é não respeitar as garantias processuais. Infelizmente, a exceção se tornou o respeito pelas garantias básicas.

Por isso que falar em autoritarismo processual penal é falar em defesa social, isso porque a instrumentalização das formas está ligada ao argumento de proteção da sociedade<sup>9</sup>. A esse fenômeno, que teve início com Francisco Campos — e existe mesmo após a Constituição Cidadã de 1988 — Ricardo Jacobsen Gloeckner elenca uma plataforma tríplice:

a) a difusão da noção de instrumentalidade do sistema processual; b) a requalificação e o processo de “ranqueamento” da segurança pública como bem jurídico constitucional; c) o fenômeno da inversão dos direitos fundamentais e a elevação do Judiciário como “superego da sociedade”.<sup>10</sup>

---

<<https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/dalmagro-jr-artigo-563-cpp-ressignificacao-autoritaria>>.

Acesso em: 31 de jan. de 2023: “Para os fascistas e portanto para Francisco Campos e seu séquito de seguidores, forma não é garantia. Forma é dissimulação, fuga do que interessa (o mérito da causa), obstáculo a ser ultrapassado, subterfúgio de quem não têm argumentos. Daí que o processo penal faria as vezes de uma espécie de mecanismo para alcançar a verdade real e distribuir justiça, um ‘instrumento de defesa da sociedade contra o crime’”. Para uma melhor compreensão do pensamento de Francisco Campos: CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. São Paulo: EbooksBrasil, 2002.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>8</sup> Como por exemplo MORO, Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. In: Jornal Estadão, Blog do Fausto Macedo, São Paulo, que questionam as garantias processuais, argumentando que elas seriam o problema da criminalidade. No entendimento desses juristas, o processo atrapalha a punição.

<sup>9</sup> Sobre o tema da defesa social, vide ANDRADE PEREIRA, Vera Regina de. **A ILUSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA** do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>10</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. Cit*, p. 148

Nesse enredo, uma característica do processo penal brasileiro é a utilização das próprias garantias como contra-garantias<sup>11</sup>. Em específico, nas nulidades processuais penais — para fundamentar o afastamento de uma nulidade — o Poder Judiciário utiliza o argumento da duração razoável do processo, por exemplo. Nesse ponto, o Poder Judiciário não está sozinho, vez que boa parte da doutrina brasileira também adota um viés de flexibilização<sup>12</sup>.

Entender o processo penal como instrumento — para a punição — é a essência do autoritarismo. Mas não apenas, tal ideia — instrumentalização processual — é também efeito da transportação de categorias do processo civil para o penal, numa visão limitada de uma teoria geral do processo.

Por isso, que neste trabalho parte-se da premissa de que, para a melhor compreensão do estado atual das nulidades processuais, deve-se observar o viés autoritário (hermenêutica autoritária), bem como a ideia (errônea) de uma teoria geral do processo.

## 1.2 A (IN)DEVIDA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Além do viés autoritário aplicado ao processo penal, há também a indevida compreensão de que se tem uma teoria geral do processo<sup>13</sup>, em que categorias do processo civil podem ser transportadas *à la carte* para o processo penal<sup>14</sup>.

Historicamente, temos que o Direito Processual Penal esbarrou na criação de uma teoria geral pensada para si, isso em razão de diversos fatores. O que ocorreu foi que ideias e conceitos pensados para o processo não penal —

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 149

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 152, pontua que “o dogmatismo realça a plataforma política de pensamento que, no processo penal, implica em uma instrumentalidade autoritária ou, na dicção de Francisco CAMPOS, do ‘processo como instrumento de dominação’”.

<sup>13</sup> ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. – 2. Ed. – Florianópolis {SC}: Emais Academia, 2020, p.81, pontuam que um processo penal democrático que se propõe como um limite democrático, deve, sem dúvidas, se afastar dessa rançosa visão de uma teoria geral do processo.

<sup>14</sup> Nas palavras de MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015: “processualização civil do Processo Penal”.

principalmente racionalidades da processualística civil<sup>15</sup> — foram transpostos de forma acrítica para o processo penal<sup>16</sup>

Nesse ponto, importante frisar que a teoria do processo civil foi pensada para um modelo de reparação de conflitos<sup>17</sup>, e, assim, toda a teoria está nessa lógica. Todavia, o fenômeno do processo penal está em outra dimensão, uma vez que este tutela as garantias fundamentais em torno da liberdade do investigado ou acusado.

Aqui não se desconhece que o processo civil — e toda a sua construção — pode em muito contribuir para o processo penal. No entanto, tal contribuição não pode ser vista para além de algo auxiliar, uma vez que os dois tratam de fenômenos diferentes<sup>18</sup>. Ainda mais, falando em nulidade processual penal, visto que essa tem a função de dar uma resposta às violações às formas processuais penais. E não há que se falar, no processo penal, em instrumentalização das formas para se garantir o processo. Uma vez violada uma garantia processual, o sistema de nulidades deve dar uma resposta contundente.

O maior prejuízo não está em recomeçar um processo do zero — ou do ato anulado —, por alguma violação. O prejuízo está em ser condenado em um processo cheio de violações. Isso em razão de que o discurso de admissão de violações processuais penais, sob o fundamento de uma economia processual, não

---

<sup>15</sup> Importante mencionar a crítica de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal e golpe de cena**: um problema às reformas processuais à teoria geral do processo. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-a-s-reformas-processuais>. Acesso em: 03.01.2023.: “[...]a começar pelo mau vezo de se querer impor uma teoria geral do direito processual que, para nós - há de se insistir -, nada mais é que a teoria geral do direito processual civil aplicada, desmesurada, aos outros ramos e com maior vigor ao direito processual penal e ao processual do trabalho. Por primário, não se há de construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de consequência, não comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre Direito Processual Penal e Direito Processual Civil o princípio unificador, o sistema e o conteúdo do processo são distintos, resultando daí uma Teoria Geral do Processo plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no Direito Processual Penal naturalmente.”

<sup>16</sup> DUCLERC, Elmir. CARAPIÁ, Lucas. SCHINDLER, Renato. ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. — 1. ED. — São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020, p. 101-102.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*: “é fundamental que, ao construir as suas ferramentas técnicas (ação, jurisdição e processo) a teoria do processo penal tenha sempre em mente que tais conceitos precisam estar enfaixados de maneira minimamente coerente sobre o fenômeno processual penal, ou simplesmente processo (em sentido vulgar)”.

pode ser legitimador de desrespeitos a direitos fundamentais<sup>19</sup>. Em outras palavras, o poder punitivo deve sempre se legitimar.

Nesse sentido, para que haja um sistema coeso e sólido com a dignidade da pessoa humana<sup>20</sup>, deve-se ser refutada qualquer tentativa de uma teoria geral do processo, em que o processo penal seria uma sub-teoria<sup>21</sup>, uma vez que essa teoria está ligada às premissas do processo civil.

Ademais, mesmo que se argumente que há a necessidade de uma teoria geral a fim de que o processo penal possa se recorrer, tal raciocínio não se sustenta, visto que o processo penal deve buscar em si — e a partir da Constituição Federal de 1988 — as próprias soluções<sup>22</sup>.

## 2 NULIDADES NO PROCESSO PENAL

Na seção anterior, buscou-se apresentar o campo processual no Brasil, isto é, em quais aspectos o processo penal — em especial a nulidade — se sustenta no autoritarismo e na teoria geral do processo. Nesta seção, busca-se delimitar o tema nulidade no processo penal. Além de apresentar o conceito — ou os vários conceitos — busca-se trazer para a discussão a razão de ser da nulidade no processo penal.

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, ALENCAR, *Op. Cit.*, p. 178, pontua que “o respeito à forma, como se compreende, não deve ser desprezado, não sendo admissível a construção de “regras de calibração”, com o condão de legitimar a violação de direitos fundamentais”.

<sup>20</sup> Isso porque, como leciona ALENCAR, *Op. Cit.*, p. 148 o respeito à forma no processo penal significa compromisso com a dignidade da pessoa humana.

<sup>21</sup> DUCLERC, Elmir. **Para além do sistema criminal**: uma crítica hermenêutica à teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2010: “uma redução nesses termos (o processo penal como um sub-ramo da teoria geral do processo) significa, sem dúvida, abdicar de compreender uma parte vital do direito penal (num sentido mais abrangente) criticamente, ou seja, de percebê-lo como um instrumento desenvolvido pelas sociedades supostamente civilizados para, muito mais que restituir as coisas ao seu status quo ante, legitimar a imposição de um sofrimento adicional a pessoas que praticam certo e determinados atos com a finalidade de controlar politicamente o seu comportamento. De igual modo, essa espécie de fetichização dos conceitos operativos herdados do direito privado acaba contribuindo também para eclipsar princípios construídos ainda no século XVIII, alçados à condição de direitos humanos por inúmeros documentos internacionais e consagrados como direitos fundamentais do indivíduo em todas as Constituições democráticas ocidentais contemporâneas”.

<sup>22</sup> Nesse sentido, MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 164, pontua que: “para que se saiba o que é processo penal, é preciso saber, sobretudo, o que é processo penal e saber, especialmente, Direito Constitucional!”.

Desde o princípio, destaca-se que o nosso CPP trata muito mal a nulidade. E isso tem uma razão de ser histórica, visto que quando o atual CPP fora pensado e feito, o seu idealizador não via nas nulidades algo bom<sup>23</sup> — no sentido de ser essencial. É o que se passa a debater no tópico abaixo.

## 2.1 O CONCEITO DE NULIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A previsão legal da nulidade processual penal está prevista no Título I do Livro III, do CPP. A lei não traz um conceito fechado de nulidade, por isso há um preenchimento conceitual pela doutrina, bem como pela jurisprudência.

Pois bem. Na legislação, o conceito é confuso, isso porque no primeiro artigo sobre nulidade — art. 563 do CPP — o prejuízo parece ser o cerne do sistema de nulidades, conforme previsão legal: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Assim, percebe-se que independentemente de qualquer coisa, o *pas de nullité sans grief* — prejuízo — está no centro.

Todavia, no artigo seguinte — art. 564 do CPP — há uma tentativa de taxatividade das nulidades, isso porque a lei prevê que “a nulidade ocorrerá nos seguintes”, e enumera diversos atos que quando não observados, gerarão a nulidade. Ainda, no inciso IV, do art. 564, do CPP, há uma previsão genérica de nulidade, visto que o mencionado inciso prevê que a nulidade ocorrerá “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

Outra previsão confusa é a do art. 566 — “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (texto que se apresenta como uma cláusula genérica para relativizar uma nulidade processual).

Assim, no CPP percebe-se que a nulidade é uma matéria não sistematizada, que seria um dos principais porquês de, na doutrina e na jurisprudência, não haver

---

<sup>23</sup> Conforme a exposição de motivos do CPP, no capítulo XVII.

unanimidade quanto à conceituação. Nesse sentido, FERNANDES e FERNANDES pontuam que:

não é fácil definir nulidade. Existem vícios ou defeitos com a força de tornar ineficaz ou sem valor o ato ou o processo; outras irregularidades somente serão declaradas se reclamadas; outros defeitos, ainda, mesmo oportunamente apontados, caracterizam-se como meras imperfeições sem importância. Há, então, em função destes aspectos, definições incontáveis.<sup>24</sup>

Como visto, a legislação não é clara em definir a nulidade processual penal. Seguindo essa lógica, na doutrina pátria também não temos um conceito unânime, temos de tudo um pouco. Por exemplo, há cinco principais conceitos utilizados: (i) nulidade como sanção jurídica<sup>25</sup>; (ii) nulidade como defeito do ato processual<sup>26</sup>; (iii) nulidade como ato jurídico inválido<sup>27</sup>; (iv) nulidade como tipo processual e constitucional<sup>28</sup>; (v) nulidade como sanção e como defeito<sup>29</sup>.

Independentemente do conceito utilizado, deve-se entender a razão de ser da nulidade: resposta ao descumprimento da forma processual penal, como garantia do devido processo legal. Portanto, entender o processo penal como garantia do acusado<sup>30</sup> é entender a nulidade como espinha dorsal dessa garantia.

### **3 METODOLOGIA E DADOS ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF**

<sup>24</sup> FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. FERNANDES, Geórgia Bajer. **Nulidades no processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

<sup>25</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 898.

<sup>26</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**: volume 2. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 294.

<sup>27</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 328-331.

<sup>28</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**: tomo II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 227-229.

<sup>29</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 589.

<sup>30</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito**. – 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 148: “As formas no processo penal são caras às garantias individuais fundamentais. O direito processual penal é, sob tal prisma, **direito individual fundamental de primeira geração**, oponível que é pelo acusado contra o arbítrio do Estado, conferindo ao processo penal o cunho protetor da liberdade, como sua finalidade primeira”.

Na seção anterior, buscou-se apresentar a nulidade dentro do processo penal brasileiro, bem como as suas contradições legais, e a sua razão de ser no processo penal democrático. Nesta seção, busca-se apresentar a metodologia e os dados levantados na pesquisa.

Importante esclarecer que a justificativa de fazer a presente pesquisa no âmbito do STJ se dá porque, em tese, esse Tribunal Superior uniformiza o entendimento do país. No entanto, para a presente pesquisa, é possível que não se tenha a efetiva compreensão nacional acerca do tema, isso porque para se chegar ao STJ, o acusado tem que ter uma defesa para tal, o que não acontece em muitos casos — claro, é sabido que as Defensorias Públicas fazem um verdadeiro “milagre” nos Tribunais Superiores, todavia, ainda assim, não são todas as Defensorias que têm grupo de atuação no âmbito superior, por isso, esclarece-se que no STJ há um recorte econômico de quem tem o seu processo analisado.

### 3.1 METODOLOGIA ADOTADA

Como mencionado no início deste trabalho, o foco principal é buscar demonstrar como o STJ vem decidindo no âmbito das nulidades processuais penais, isto para responder a seguinte pergunta: como o STJ reconhece (ou não) uma nulidade processual penal à luz do princípio *pas de nullité sans grief*?

Para isso, no presente trabalho foi feita uma pesquisa no sítio de jurisprudência do STJ, com a seguinte delimitação: (i) em buscas foram utilizados os seguintes termos: nulidade, *pas de nullité sans grief* e processo penal; (ii) foram selecionadas as turmas que julgam matéria criminal (5ª e 6ª); (iii) o marco temporal das decisões foi o de 01.01.2022 a 31.12.2022; e (iv) a análise se limitou apenas aos acórdãos publicados.

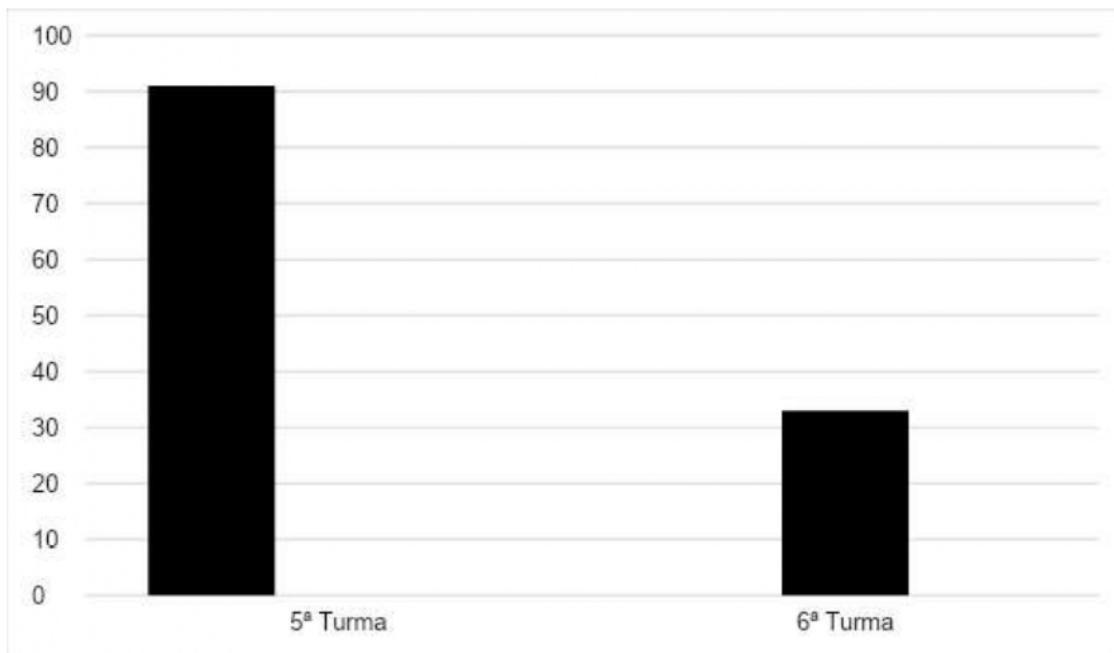
Como resultado, foram encontrados 125 acórdãos, sendo que 91 correspondem à 5ª turma, 33 à 6ª turma e 1 à Corte Especial do STJ. Desses 125 acórdãos, apenas três — julgados pela 5ª Turma — mencionam o princípio *pas de nullité sans grief*, mas não o utilizam na fundamentação. Outrossim, no presente trabalho não se buscou analisar o meio utilizado pela Defesa para discutir a nulidade

processual penal (e.g, se foi por recurso especial, habeas corpus etc.). Ainda, a consulta do presente trabalho foi feita no site de jurisprudência do STJ até a data de 02/01/2022, sendo possível que outros acórdãos julgados durante o ano de 2022 tenham sido publicados após essa data, o que inviabilizou a inclusão para essa análise.

Para melhor organizar a pesquisa, o resultado colhido foi separado numa planilha da seguinte maneira: (i) qual nulidade foi arguida pela Defesa; (ii) quantidades de vezes que o STJ julgou o tema<sup>31</sup>; e (iii) utilização do princípio *pas de nullité sans grief* na fundamentação.

Como primeiro resultado geral, observa-se que no ano de 2022 a 5ª Turma do STJ utilizou mais vezes o *pas de nullité sans grief* do que a 6ª Turma.

**Gráfico 1:** utilização do *pas de nullité sans grief* pelas Turmas criminais do STJ



Fonte: O autor, 2023.

### 3.2. NULIDADES ARGUIDAS PELA DEFESA

<sup>31</sup> Importante mencionar que em alguns casos, houve a busca pelo reconhecimento de mais de uma nulidade.

A nulidade no processo penal serve como sanção às violações às regras processuais penais, assim, nesta seção, buscou-se apresentar todas as teses sobre nulidade no processo penal trazidas pela Defesa, no âmbito de 2022, nas quais houve a utilização do *pas de nullité sans grief* na fundamentação pelas turmas criminais do STJ. Foram obtidos os seguintes resultados:

**Tabela 1:** tipo e quantidade de nulidade arguida pela Defesa

NULIDADE ARGUIDA	QUANTIDADE
Nulidade por cerceamento de defesa	19
Nulidade de provas	11
Nulidade do interrogatório	8
Nulidade por ausência/deficiência de defesa	8
Nulidade por impedimento do magistrado	1
Nulidade na quebra de sigilo	1
Nulidade na representação da interceptação telefônica por autoridade incompetente	1
Nulidade por ausência de intimação para audiência de instrução e julgamento	2
Nulidade na intimação pessoal do réu	2
Nulidade no ato judicial por ausência de intimação prévia do MP	1
Nulidade no depoimento especial da vítima	2
Nulidade por não participação inicial da DPU no processo revisional	1
Nulidade no reconhecimento (art. 226, CPP)	2
Nulidade por falta de acesso às provas juntadas pela acusação (art. 479, CPP)	2
Nulidade na resposta à acusação oferecida oralmente em audiência (art. 406, CPP)	1
Nulidade na decretação das interceptações telefônicas	2
Nulidade na produção antecipada da prova	1
Nulidade no prazo	2
Nulidade por violação ao princípio da correlação	1
Nulidade por não observância do direito de presença do agravante	1

Nulidade no PAD	2
Nulidade na instrução probatória	2
Nulidade pela produção de prova supletiva pelo julgador, ao fim da instrução processual	1
Nulidade por ausência de intimação pessoal da DPU	1
Nulidade por ocorrência de violação de domicílio	1
Nulidade na oitiva de testemunha sem a presença do paciente	1
Nulidade por violação ao direito ao silêncio	2
Nulidade pela necessidade de prévia intimação da defesa	1
Nulidade por impedimento de jurada	2
Nulidade por colidência de defesa	1
Nulidade por substituição de testemunha arrolada	1
Nulidade na intimação do réu para constituir novo defensor	1
Nulidade na audiência por videoconferência	1
Nulidade por não comparecimento do membro do MP na audiência, em que Juiz conduziu o ato	3
Nulidade por leitura de documento como argumento de autoridade (júri)	1
Nulidade na prisão preventiva decretada sem audiência de custódia	1
Nulidade por inobservância da competência penal por prevenção	1
Nulidade no Júri	1
Nulidade por inversão da ordem de inquirição das testemunhas	1
Nulidade por violação ao art. 598 do CPP – juiz <i>a quo</i> que recebeu o recurso de apelação do assistente de acusação sem que houvesse a interposição do recurso	1
Nulidade por falta de defesa prévia ao funcionário público	1

Fonte: O autor, 2023.

Conforme verifica-se, a nulidade mais debatida no âmbito do STJ foi acerca do cerceamento de defesa. Embora essa arguição tenha sido a maior, apenas uma nulidade foi reconhecida pela 5ª Turma por cerceamento de defesa. Isso se explica pelo fato de ser quase impossível demonstrar o cerceamento de defesa, ou seja, por ser uma prova “diabólica”<sup>32</sup> para se demonstrar o prejuízo<sup>33</sup>.

### 3.3 A UTILIZAÇÃO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*

Nas seções anteriores, buscou-se apresentar todas as teses de nulidades arguidas pela Defesa, e as quantidades de vezes que o STJ julgou. Nesta seção, busca-se apresentar como o *pas de nullité sans grief* é utilizado pelo STJ. Com base nos dados levantados, houve a divisão em duas linhas argumentativas: (i) se a Corte utilizou o princípio como um argumento único, isto é, se o princípio foi utilizado como argumento central para não se reconhecer a nulidade arguida, ou (ii) se a Corte adentrava na questão levantada, sem que o princípio fosse central na fundamentação, isto é, se a Corte buscou demonstrar que realmente não houve prejuízo na inobservância processual, e se utilizou do princípio mais para corroborar a linha da fundamentação.

Com base na análise das decisões, observou-se que na 5ª Turma, em 23 decisões — das 91 — não havia prejuízo no caso, para além de se utilizar do argumento “o reconhecimento da nulidade de ato processual, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief* e nos termos do art. 563 do CPP, exige a demonstração do prejuízo sofrido” ou “necessário salientar que a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça, há muito, se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de*

---

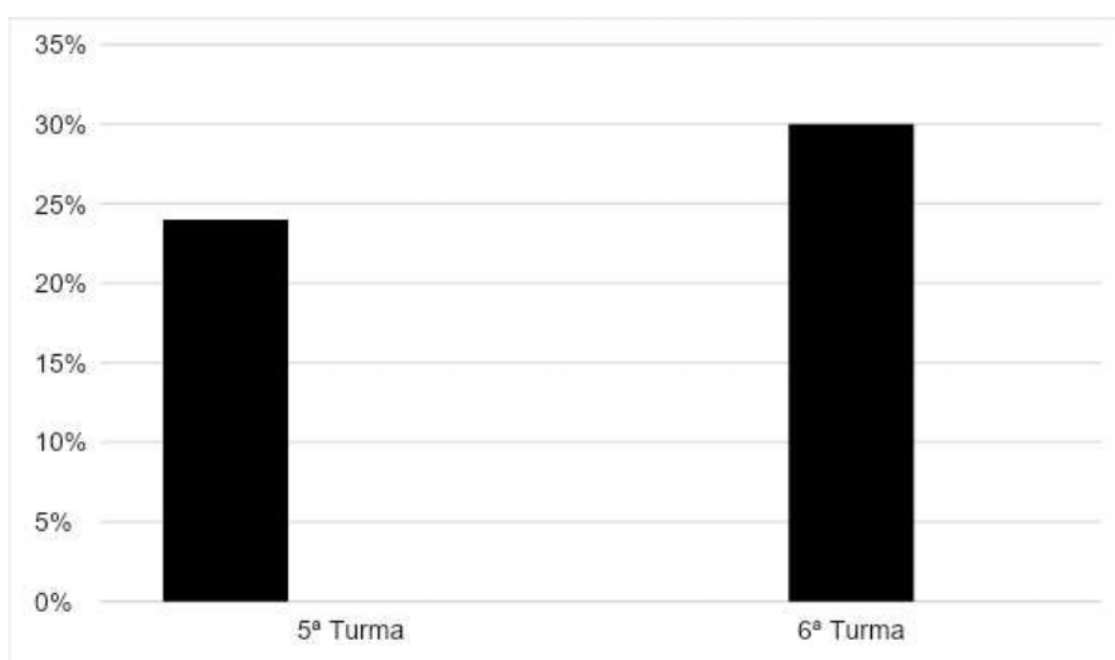
<sup>32</sup> Diabólica no sentido de ser impossível de provar. Para uma melhor compreensão da prova impossível do prejuízo, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 481.

<sup>33</sup> Por exemplo, cerceamento de defesa pela negativa de diligência, conforme o seguinte argumento, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **HC 552604**. Min. Rel. João Otávio de Noronha: “não foi demonstrado prejuízo concreto ao paciente pelo indeferimento das oitivas, razão pela qual não há que se falar em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou da nulidade processual, nos termos do art. 563 do CPP”. Para um melhor entendimento dos casos analisados, verificar a partir do item 3.2 desse trabalho.

*nullité sans grief*'. Assim, enfrentando a questão da nulidade processual penal posta pela Defesa.

Já a 6ª Turma, em 10 decisões — das 33 — demonstrou que não havia prejuízo no caso, assim enfrentando a questão da nulidade processual penal posta pela Defesa.

**Gráfico 2:** Porcentagem de cada turma em que houve o enfrentamento da nulidade, para além da utilização do *pas de nullité sans grief* como argumento único



Fonte: O autor, 2023

Como visto, foram diversas arguições de nulidades alegadas pela Defesa, no que tange ao devido processo legal. Em todos esses casos, o STJ — representado pelas suas Turmas — frisou que vigora no sistema de nulidades processual penal brasileiro o princípio *pas de nullité sans grief* e que isso significa: não há declaração de nulidade sem a demonstração de prejuízo — mesmo que a nulidade seja de natureza absoluta.

O ponto intrigante desse argumento é que, em quase todas as decisões, há a menção de que mesmo as nulidades absolutas só serão declaradas quando há demonstração do prejuízo. Assim, percebe-se que o ônus de demonstrar o prejuízo

fica a cargo da Defesa, ou seja, a jurisprudência é uníssona no sentido de que o prejuízo é inerente à nulidade processual penal.

Isso é sintoma da falta de sistematização do nosso CPP no que diz respeito às nulidades processuais penais. E o resultado está aí: uma verdadeira discricionariedade para o magistrado reconhecer ou não o prejuízo<sup>34</sup>.

Como constatação geral, percebe-se que nas decisões analisadas, ambas as turmas utilizam argumentos genéricos para casos diferentes. Isso significa que há no STJ uma espécie de “barreira” para se reconhecer uma nulidade processual. Em outras palavras, mais do que a Defesa arguir uma nulidade processual penal prevista na lei processual penal, deve também demonstrar — quase que num desenho — o “real” prejuízo. Nesse ponto reside o grande problema: o prejuízo vai ser reconhecido pelo Magistrado, porque não há na lei processual penal qualquer menção do que seria um prejuízo<sup>35</sup>.

Nesse sentido, os argumentos para não se reconhecer a nulidade processual — relativa ou absoluta — se concentraram nestes dois: (i) “As nulidades no processo penal, relativas ou absolutas, observam ao princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, não devendo ser declaradas sem a efetiva comprovação do prejuízo concreto, o qual não pode ser presumido pela parte”; (ii) “declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP”. Nesse âmbito, nos 41 tipos de nulidade processual penal arguida pela Defesa, o STJ utilizou esses dois argumentos genericamente para afastar a nulidade.

Outro ponto importante é que houve uma consagração do princípio para as nulidades relativas e absolutas, embora o STJ não faça menção ao significado das duas. Ainda, em poucos casos — apenas em 4 — houve a utilização da doutrina na fundamentação da decisão, isso para reiterar que o prejuízo deve ser demonstrado.

---

<sup>34</sup> Importante a crítica de GLOECKNER, Op. Cit, p. 202: “sob a fantasmática noção de prejuízo (construída sem a remissão à noção de dano), torna-se fácil a manipulação conceitual, gerando nulidades ao sabor da vontade do julgador”.

<sup>35</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** em conformidade com a teoria do direito. – 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 333: “No ponto, calha ponderar que o princípio epigrafado tende a deferir subjetismo judicial. Finda por conferir ao juiz poder, um tanto aberto, para dizer os casos de nulidade, bem como para deliberar pela (não) invalidação”.

Ademais, no início do trabalho, foram apresentadas duas perspectivas sobre a flexibilização das regras processuais — autoritarismo processual penal e teoria geral do processo. Ainda que não seja o foco deste trabalho apresentar essas perspectivas na Jurisprudência do STJ, foi constatado a utilização dessas duas perspectivas em algumas das decisões analisadas.

Com relação à perspectiva que explica a partir do autoritarismo processual penal, verificou-se que em apenas um caso — da 5ª turma — houve a fundamentação com a utilização explícita dessa hermenêutica, com a seguinte fundamentação:

Vejamos a exposição de motivos do Código de Processo Penal: 'O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para acusação ou defesa.' (Exposição de motivos do Código de Processo Penal, XVII); '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.' (Exposição de motivos do Código de Processo Penal, XVII)<sup>36</sup>.

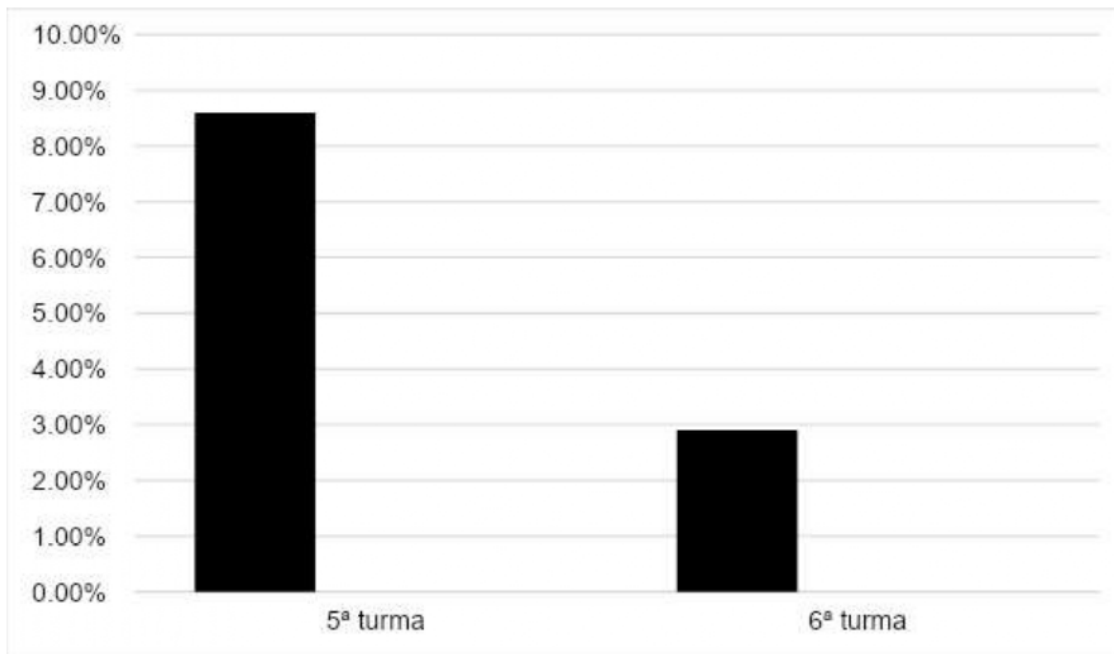
Ainda, de forma tácita, pode-se considerar que a utilização do argumento “formalismo inútil”, que apareceu em dois julgados<sup>37</sup>, bem como reiteração de precedentes, entram nessa perspectiva da hermenêutica autoritária.

Já com relação à perspectiva da teoria geral do processo, verificou-se uma maior utilização de pressupostos do processo civil, pelas duas turmas do STJ. No único caso em que a 6ª turma utilizou um pressuposto do processo civil, o argumento foi o de que no processo penal também vigora — como estrutura — a boa-fé. Já a 5ª turma se utilizou mais vezes — 8 vezes —, e o argumento central foi que “no sistema jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais”.

---

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg no RHC 160264/SP**. Min. Rel. Ribeiro Dantas, Dje 25/03/2022.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg no HC 750873/SP**. Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 19/09/2022. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg no HC 729831/SC**. Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 08/08/2022.

**Gráfico 3:** utilização de pressupostos processuais civis pelas Turmas

Fonte: O autor, 2023.

Assim, percebe-se que a 5ª turma se utiliza mais das premissas processuais civis nos argumentos que permeiam o *pas de nullité sans grief*.

### 3.4 NULIDADES RECONHECIDAS

Nesta seção, buscou-se identificar quais os pressupostos utilizados pelo STJ para reconhecer uma nulidade processual penal, quando houve a menção ao *pas de nullité sans grief*. Isto é, qual o critério utilizado para que uma nulidade processual penal seja declarada, e a aplicação do *pas de nullité sans grief* seja afastada.

Inicialmente, destaca-se que se confirmou a premissa inicial de que o STJ não adota nenhuma teoria das nulidades processuais penais. O que há é uma utilização, na maioria das vezes, de precedentes<sup>38</sup> que afastam as nulidades processuais penais. Para evidenciar tal postura, verificou-se uma baixa utilização da doutrina nos argumentos da Corte Superior, o que pode ser explicado pelo esvaziamento que o *pas de nullité sans grief* traz à argumentação jurídica. Em

<sup>38</sup> Nas palavras de GLOECKNER, *Op. Cit*, p. 472: “a circulação dos precedentes: reprodução metastática do pensamento autoritário”.

outras palavras, quando se diz “a Defesa não logrou êxito em demonstrar o prejuízo”, não há necessidade de reforçar o argumento — a não ser com a citação de diversos precedentes, que dizem a mesma coisa.

Assim, verificou-se que das 97 vezes<sup>39</sup> que o STJ enfrentou as nulidades arguidas — nos 124 acórdãos analisados —, referentes aos diversos pontos do processo penal — conforme demonstrado na seção 3.3 —, apenas 3 nulidades foram declaradas. Esse número representa 2,3 % de provimento de declaração de nulidade processual, em que o *pas de nullité sans grief* é vencido, e o STJ declara a nulidade. Na comparação entre as duas turmas, a 5ª turma reconheceu uma nulidade — entre os 91 acórdãos —, e a 6ª turma reconheceu duas nulidades — entre os 33 acórdãos.

No âmbito da 5ª turma, foi reconhecida uma nulidade por cerceamento de defesa, no Ag no HC 700.570/MA. Em resumo, o caso discutia uma nulidade na intimação, uma vez que não houve a intimação da nova defesa constituída nos autos e, com isso, houve a perda de prazo pelo réu. A defesa impetrou um HC no TJMA, que não reconheceu a nulidade, em seguida, houve a subida para o STJ. A alegação do TJMA para não reconhecer a nulidade foi a de que o antigo advogado subestabeleceu para o novo advogado — o qual teria que receber todas as intimações a partir daquele momento, visto que o subestabelecimento foi deferido pelo Juízo — no último dia do prazo. Assim, o novo advogado — que tinha criado a expectativa — não restou intimado, e a consequência jurídica foi o trânsito em julgado para o réu.

O voto do Min. Rel. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF) foi no sentido de não reconhecer a nulidade, uma vez que não se demonstrou o prejuízo, visto que vigora o *pas de nullité sans grief*, bem como tal atitude — de substabelecer no último dia do prazo — deu a aparência de uma possível má-fé processual visando a nulidade futura do processo.

No entanto, houve um voto divergente — e vencedor —, do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, para se reconhecer a nulidade. Nele, o argumento central foi de que a má-fé processual não se presume. Em interessante argumentação, o Min.

---

<sup>39</sup> Quantidade de nulidade arguida pela Defesa, verificar tabela 1.

Reynaldo Soares da Fonseca reconheceu a importância do devido processo legal e da ampla, bem como pontuou o prejuízo suportado pela Defesa<sup>40</sup>.

Já no âmbito da 6ª turma, as duas nulidades reconhecidas foram sobre a inquirição de testemunhas, por violação ao art. 212 do CPP. No primeiro caso — AgRg no HC 708908/RS — a Defesa alegou que o Magistrado assumiu o protagonismo na inquirição.

Nesse caso, houve uma ótima discussão acerca da nulidade por violação ao 212 do CPP, visto que no início do voto da Min. Rel. Laurita Vaz já houve a pontuação de que “o tema relativo ao descumprimento do art. 212 do CPP implicar nulidade absoluta ou relativa é controvertido, havendo precedentes do STF e desse STJ em sentidos opostos”<sup>41</sup>. Mais à frente a Min. Rel. pontuou que “o entendimento desta Corte de que em se tratando de nulidade relativa, para a anulação pretendida, exige-se a comprovação de efetivo prejuízo, conforme o dogma fundamental das nulidades (*pas de nullité sans grief*)”<sup>42</sup>.

A nulidade nesse caso só foi reconhecida porque a Defesa juntou a degravação dos depoimentos, em que ficou evidente para a 6ª turma que a Magistrada de 1º grau assumiu o protagonismo da audiência como se parte fosse, em uma clara substituição do membro do Ministério Público. Assim, a turma reconheceu a nulidade sob o argumento de que:

---

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg no HABEAS CORPUS Nº 700570 – MA**, Min. Rel. Jesuíno Rissato, DJe 07/04/2022: “[...] De fato, não é possível presumir que o advogado protocolizou o pedido de substabelecimento no mesmo dia para gerar eventual nulidade porquanto esta não se verifica, haja vista a cronologia dos acontecimentos. Nada obstante, o desenrolar dos acontecimentos leva a crer que a coincidência das datas pode ter inviabilizado o efetivo conhecimento da intimação, uma vez que, com o substabelecimento, a intimação deveria se dar, em tese, em seu nome;

Nesse contexto, o deferimento do pedido de substabelecimento, com determinação de alteração na autuação e demais registros dos autos, sem que seja feita qualquer ressalva, gera a legítima expectativa de que a publicação ocorrerá em nome do novo advogado, o que, na hipótese, não ocorreu, acarretando, dessa forma, cerceamento de defesa.

Nessa linha de inteligência, em homenagem ao princípio geral de direito que disciplina que a má-fé não se presume, bem como em observância ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, considero que deve ser devolvido o prazo recursal para que o novo causídico possa interpor o recurso que entender cabível em benefício do paciente. Consequentemente, deve ser desconstituído o trânsito em julgado

A questão está centrada na perquirição do prejuízo suportado pela Defesa do paciente porquanto o seu legítimo representante processual não fora intimado sobre o resultado do julgamento proferido, em sede de apelação, pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. [...]”.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AgRg no HC 708908 / RS**. Min. Rel. Laurita Vaz, DJe 03/10/2022, fls. 12.

<sup>42</sup> *Ibidem*, fls. 17-18.

Assim, assiste razão à Defesa quando aponta que os mencionados depoimentos foram colhidos pela Juíza em inobservância ao art. 212 do Código de Processo Penal, tendo a Magistrada assumido protagonismo incompatível com o sistema acusatório, substituindo a produção probatória de iniciativa das partes, em evidente prejuízo ao Agravante.<sup>43</sup>

Como consequência jurídica houve a sanção à violação ao art. 212 do CPP, em que a instrução criminal foi anulada parcialmente, para que fosse realizada nova oitiva das testemunhas indicadas na degravação apresentada pela Defesa.

O segundo caso em que 6ª turma declarou a nulidade processo penal por violação ao art. 212 do CPP, foi no HC 735519/SP. A Defesa alegou a nulidade da audiência de instrução e julgamento, pois a Magistrada não apenas conduziu, mas protagonizou as oitivas das testemunhas, de modo que a representante do Ministério Público não fez sequer uma pergunta.

No voto do Min. Rel. Sebastião Reis Júnior houve inicialmente a ponderação de que “o reconhecimento de vício que possibilite a anulação do ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, consoante o previsto no art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*)”<sup>44</sup>. Quando da análise da questão trazida pela Defesa, o Min. Rel. analisou cada inquirição em que a Magistrada atuou em inobservância ao art. 212 do CPP.

O ponto central para esse reconhecimento de nulidade foi que a Defesa disponibilizou os links da audiência, e com isso, os Ministros da 6ª turma — em especial o Relator — puderam assistir diretamente à audiência e constatar a violação à forma processual. Então a 6ª turma nesse caso reconheceu a nulidade da audiência por violação ao art. 212 do CPP, visto que a Magistrada de 1º grau “assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas”<sup>45</sup>, em clara demonstração de prejuízo à Defesa.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, fls. 18.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC 735519/SP**. Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, fls. 5.

<sup>45</sup> *Ibidem*, fls. 8.

Importante pontuar que esse julgado se transformou no Informativo 745<sup>46</sup> do STJ, em que se fixou a tese de que “a inquirição de testemunhas diretamente pelo magistrado que assume o protagonismo na audiência de instrução e julgamento viola o art. 212 do CPP”. No entanto, para que tal nulidade seja reconhecida é necessário que a Defesa suscite a questão na audiência (conste em ata). Ressalta-se que a mera arguição de protagonismo do magistrado não tornará o ato nulo, ficou bem evidente que a Turma só reconheceu a nulidade porque a Defesa apresentou os vídeos da audiência, por meio de links.

Ademais, mesmo nos casos em que o STJ reconheceu a nulidade processual penal por violação a alguma forma processual, houve apontamento — até com certa veemência — de que a nulidade só é reconhecida quando há um efetivo prejuízo. No entanto, não houve por parte do STJ a fixação do significado concreto do que seria esse prejuízo.

À guisa do exposto, como similaridade de ambas as Turmas do STJ, percebe-se que o reconhecimento da nulidade processual penal se deu pelo esforço argumentativo e expositivo da Defesa. Quanto à nulidade por cerceamento de Defesa, pela não intimação, houve a apresentação da cronologia processual que ensejou a falta de intimação do novo advogado habilitado, afastando qualquer possibilidade de entendimento de má-fé na conduta.

Quanto à nulidade por violação ao art. 212 do CPP, em ambos os casos a Defesa trouxe ao julgador o contexto do caso, seja por meio de degravação ou por acesso à íntegra da audiência. Pois, mais do que o mero suscitamento de nulidade em audiência — um dos critérios para não precluir essa matéria — a Defesa demonstrou o efetivo prejuízo sofrido pela atuação dos respectivos Magistrados.

Tais atuações podem ser um diferencial para o Poder Judiciário reconhecer uma nulidade processual, principalmente no âmbito do cerceamento de defesa — que querendo ou não — traz uma abstração. Embora ainda haja muita possibilidade de discricionariedade para o Judiciário, é certo que trazer ao julgador o contexto literal aumenta as chances de se reconhecer uma nulidade processual.

---

<sup>46</sup> Por outro lado, na 5ª Turma a única decisão que se transformou no Informativo 741 foi no AgRg no HC 732.632-SP, em que se fixou que oitiva de testemunha sem a presença do paciente se trata de nulidade relativa, que necessita da demonstração do prejuízo, pois do contrário há a preclusão. Ainda, a Turma entendeu que, no caso da Defesa alegar tal nulidade posteriormente, tratar-se-á de uma “nulidade de algibeira”.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender a nulidade no processo penal, e como o princípio *pas de nullité sans grief* vem sendo aplicado pelo STJ. No primeiro tópico, foram apresentadas duas ideias que explicam o porquê da flexibilização das regras processuais penais. Debatem elas se é um problema da hermenêutica autoritária (autoritarismo processual penal), ou se é um problema da teoria geral do processo.

Em um segundo momento, foi exposta a nulidade no processo penal, principalmente a previsão atual no CPP. Nesse ponto, ficou destacado que há uma má sistematização no nosso CPP, que contribui para a má compreensão e aplicação da matéria. Ainda, mesmo que brevemente, apresentou-se as diversas correntes da natureza jurídica sobre a nulidade.

Por fim, na última seção, foram apresentados os dados da pesquisa no STJ, em que evidenciou que o *pas de nullité sans grief* pode servir como uma barreira para se reconhecer uma nulidade, mesmo que esta seja de natureza absoluta. Ainda houve a constatação de que tal princípio fora utilizado em mais de 41 tipos de arguições de nulidades pela Defesa, em que apenas em 3 casos a nulidade do ato processual foi declarada — o que representa 2,3% de provimento no universo de 124 acórdãos julgados pelas duas Turmas. Na comparação entre as duas Turmas, quando da utilização do *pas de nullité sans grief*, quase que não houve uma diferença, isso porque na 5ª Turma houve a declaração de uma nulidade, e na 6ª a declaração de duas.

Ademais, para compreender a essência da nulidade processual penal para o STJ, deve-se também compreender o que significa processo penal para o STJ. Ainda que não tenha sido o foco da pesquisa, em diversos julgados o STJ — em ambas as Turmas — apontou o significado de processo penal. Foram três concepções conceituais adotadas: “processo significa marcha avante”, “moderno sistema processual penal” e “o processo é o meio juridicamente adequado para a descoberta da verdade e a realização da Justiça”. Percebe-se que em nenhum momento o processo penal é entendido como uma garantia ao acusado. Isso pode

explicar o porquê do nosso sistema de nulidades ser tão inseguro, do ponto de vista da aplicação.

Outrossim, a flexibilização das regras processuais pode ser entendida tanto a partir da hermenêutica autoritária, quanto da aplicação da teoria geral do processo civil. Assim, sendo um problema dos dois vieses.

Diante do exposto, ficou evidente que quando o STJ se utiliza da fundamentação do *pas de nullité sans grief*, a chance é de quase 100% de que a nulidade não seja reconhecida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE PEREIRA, Vera Regina de. **A ILUSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA** do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** em conformidade com a teoria do direito. – 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2021.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. ROSA, Alexandre Morais. **No processo penal, a instrumentalidade é do direito material.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 03 jan. 2023.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal.** – 1. Ed. – São Paulo: Noeses, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal:** tomo II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional.** São Paulo: EbooksBrasil, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais à teoria geral do processo.** Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 03 jan. 2023.

DALMAGRO JUNIOR, João Carlos. **CPP e ressignificação autoritária na jurisprudência do STF (parte 1).** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/dalmagro-jr-artigo-563-cpp-ressignificacao-autoritaria>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

DUCLERC, Elmir. **Para além do sistema criminal: uma crítica hermenêutica à teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli.** Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2010.

DUCLERC, Elmir. CARAPIÁ, Lucas. SCHINDLER, Renato. ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal.** – 1. ED. – São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. FERNANDES, Geórgia Bajer. **Nulidades no processo penal.** 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. – 1. Ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspodivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo.** 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORO, Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo.** In: Jornal Estadão, Blog do Fausto Macedo, São Paulo.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULA, Leonardo Costa de. **As nulidades no processo penal:** sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir. – Curitiba: Juruá, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático:** crítica à metástase do sistema de controle social. – 2. Ed. – Florianópolis [SC]: Emais Academia, 2020.