



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

JÉSSICA APARECIDA BITTENCOURT

**A SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS DECISÕES DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

Palhoça

2014

JÉSSICA APARECIDA BITTENCOURT

**A SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS DECISÕES DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Patrícia Ribeiro Mombach, Msc.

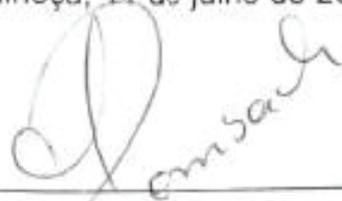
Palhoça
2014

JÉSSICA APARECIDA BITTENCOURT

A SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS
DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

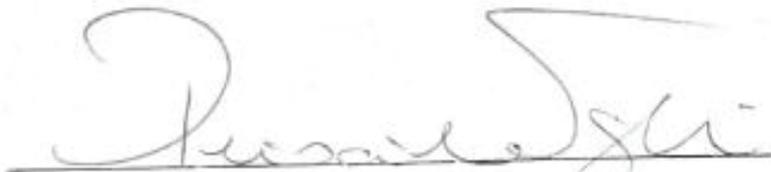
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi
julgado adequado à obtenção do título de
bacharel em Direito e aprovado em sua
forma final pelo Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 11 de julho de 2014



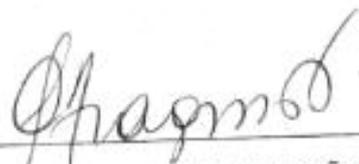
Prof. e orientador PATRÍCIA RIBEIRO MOMBACH, MSC.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. PRISCILA DE AZAMBUJA TAGLIARI, ESP.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. CAROLINA GIOVANNINI ARAGÃO DE SANTANA, ESP.

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 11 de junho de 2014.

JÉSSICA APARECIDA BITTENCOURT

RESUMO

A presente monografia versa sobre a aplicação da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de acordo com os princípios constitucionais do processo penal e da teoria geral das nulidades do processo penal, além de avaliar o papel do juiz na renovação do referido sistema de nulidades em caso de incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. O método de abordagem utilizado na presente pesquisa é o dedutivo e de natureza qualitativa. Já o método de procedimento é o monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica, por meio da consulta de livros, artigos, decisões judiciais, legislação e periódicos. Após o desenvolvimento do trabalho, é possível concluir que a aplicação da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal com relação à ausência de defesa pela Corte catarinense está de acordo com os preceitos constitucionais, segundo os julgados pesquisados. Entretanto, a deficiência de defesa possui vertentes interpretativas que se afastam do princípio constitucional da ampla defesa. Por esse motivo, ao juiz detentor da competência jurisdicional, cabe resguardar os fins constitucionais da própria existência da relação processual, respeitados ao máximo os direitos do acusado, principalmente no que concerne a declaração das nulidades.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Nulidades. Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Deficiência de Defesa.

LISTA DE SIGLAS

CPP/41 – Código de Processo Penal de 1941

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL	10
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	11
2.1.1 Princípio inquisitivo e dispositivo ou acusatório.....	12
2.1.2 Princípio do devido processo legal.....	14
2.1.3 Princípio da presunção de inocência.....	15
2.1.4 Princípio da motivação das decisões judiciais.....	16
2.1.5 Princípio da imparcialidade do juiz.....	17
2.1.6 Princípio do juiz natural.....	19
2.1.7 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	20
2.1.8 Princípio da vedação das provas ilícitas.....	23
3 TEORIA GERAL DAS NULIDADES DO PROCESSO PENAL.....	26
3.1 MERAS IRREGULARIDADES E INEXISTÊNCIA.....	28
3.2 NULIDADES ABSOLUTAS E NULIDADES RELATIVAS.....	30
3.2.1 Princípios informadores do sistema de nulidades processuais.....	32
3.2.1.1 Princípio do prejuízo.....	32
3.2.1.2 Princípio da tipicidade.....	34
3.2.1.3 Princípio da instrumentalidade das formas.....	34
3.2.1.4 Princípio da causalidade.....	36
3.2.1.5 Princípio do interesse.....	38
3.2.1.6 Princípio da convalidação.....	39
3.2.2 Nulidades absolutas.....	39
3.2.3 Nulidades relativas.....	40
4. A SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	44
4.1 AUSÊNCIA DE DEFESA.....	44
4.2 DEFICIÊNCIA DE DEFESA.....	46
4.3 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	51
4.3.1 Primeira Câmara Criminal.....	51
4.3.2 Segunda Câmara Criminal.....	54

4.3.3 Terceira Câmara Criminal.....	55
4.3.4 Quarta Câmara Criminal.....	57
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64
ANEXOS.....	68
ANEXO A – Decisões Primeira Câmara Criminal TJSC.....	69
ANEXO B – Decisões Segunda Câmara Criminal TJSC.....	69
ANEXO C – Decisões Terceira Câmara Criminal TJSC.....	69
ANEXO D – Decisões Quarta Câmara Criminal TJSC.....	69

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a aplicação da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, em suas duas vertentes, tanto a ausência de defesa quanto a deficiência de defesa, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob a ótica da teoria geral das nulidades do processo penal e da Constituição Federal de 1988.

A partir disso, desenvolve-se a seguinte problematização: qual o tratamento dado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina às nulidades no processo penal, em especial para Súmula 523 do STF; qual a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e, em caso de incompatibilidade, qual é o papel do juiz na renovação do sistema de nulidades no processo penal?

Para responder aos questionamentos citados acima, no primeiro capítulo deste trabalho estudam-se os princípios constitucionais do processo penal, dentre eles destaca-se o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa, além do princípio do devido processo legal, da imparcialidade do juiz, entre outros.

Já no segundo capítulo, também se estuda a teoria geral das nulidades do processo penal, questões que envolvem a complexidade da matéria, seus princípios norteadores, bem como as meras irregularidades, os atos inexistentes, e os aspectos diferenciais das nulidades absolutas e relativas previstos no Código de Processo Penal de 1941.

Finalmente no terceiro capítulo, após realizar algumas considerações acerca da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, em especial com relação à deficiência de defesa, parte-se para análise dos casos concretos extraídos das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o que possibilita avaliar a atuação do juiz no processo penal e a sua postura adotada diante da constatação dos tipos específicos de nulidades constantes na Súmula acima referida.

Vale ressaltar que, para elaboração do tema, a pesquisadora se motivou no dia-a-dia forense que presenciou ao longo de seus estágios não obrigatórios, em especial, nas consequências reais e lastimáveis suportadas pelo acusado quando deficiente sua defesa, pois é essencial ao processo uma defesa bem realizada, pelo fato de se estar em discussão a liberdade do indivíduo, direito constitucional fundamental.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa é o dedutivo, pois parte do estudo da Constituição Federal de 1988 para o estudo da teoria geral das nulidades do processo penal e da análise dos julgados do TJSC a partir da Súmula 523 do STF e de natureza qualitativa. Já o método de procedimento é o monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica, por meio da consulta de livros, artigos, decisões judiciais, legislação e periódicos.

A importância do estudo do presente tema é que os resultados obtidos proporcionarão à comunidade acadêmica uma reflexão mais aprofundada acerca do tratamento jurídico das nulidades no processo penal brasileiro, bem como sua compatibilidade com a Constituição Federal, principalmente no que concerne a prática jurídica voltada para Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

É necessário que os juízes, aplicadores do Direito, em suas decisões, interpretem as normas vigentes em nosso país de acordo com a Constituição Federal de 1988, que, aliás, é posterior ao Código de Processo Penal de 1941.

E tal necessidade não é em observância, tão somente, da técnica jurídica, mas também da garantia dos direitos constitucionais do acusado na relação processual, fato que ganha mais ênfase nas questões de reconhecimento de nulidade, razão pela qual se evidencia a relevância desta pesquisa.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Para fins de estudo inicial, importante questão a ser levantada é a aplicação das normas e princípios constitucionais ao processo penal, diante da necessidade de se garantir cada vez mais a proteção dos direitos do acusado na prática dos atos processuais perante o poder do Estado, que detém o controle da jurisdição.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 73-74):

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate.

Na visão de Aury Lopes Junior (2012, p. 171) “[...] o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas [...]”

E continua “todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab) uso do poder estatal”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 171).

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 23):

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, [...] parece já irrecusavelmente introjetada na cultura nacional a necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como *fundamentais* na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF).

Acerca da inserção das normas processuais no texto da Constituição Federal de 1988, discorre Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 17):

Do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.

E os estudos específicos referentes ao processo penal com observância à Constituição Federal de 1988 serão realizados neste trabalho através da

compreensão dos princípios constitucionais que regem a matéria, conforme demonstrados a seguir.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Antes de se ingressar propriamente no estudo pontual dos princípios constitucionais do processo penal, é essencial entender que eles “[...] fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re)leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro[...].” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 171- 172).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 23), argumenta que os princípios “[...] se apresentam como normas *fundantes* do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção dos direitos fundamentais [...]”

Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2012, p. 173) define princípios como sendo “[...] normas fundamentais ou gerais do sistema. São fruto de uma generalização sucessiva e constituem a própria essência dos sistema jurídico, com inegável caráter de ‘norma’”.

Complementando o conceito de princípio, José Afonso da Silva (2012, p. 92) descreve que “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais [...]”

Quanto à aplicação dos princípios constitucionais do processo penal, considerando que os destinatários são os juízes e tribunais, devem ser observados como verdadeiras normas e, por isso, deve-se buscar a sua máxima eficácia na análise de cada caso concreto (LOPES JUNIOR, 2012).

É por isso que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 27), ao relacionar os princípios, já dizia “[...] os operadores do direito sabem da sua importância, mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo [...]”

Afinal de contas “[...] são estes ‘princípios gerais do processo penal’ que dão sentido à multidão de normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas ‘explicar’, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro de sua solução”. (DIAS, 1974, p. 113 apud COUTINHO, 2001, p. 27).

Vale destacar que um princípio não exclui outro, isto é, seus conceitos se complementam, o que possibilita o alcance de uma compreensão mais abrangente do conteúdo, o que se verá durante o desenvolvimento dos tópicos a seguir.

Além disso, utilizou-se como critério de estudo aqueles princípios que concretamente geram uma nulidade no processo penal em caso de sua não observância.

2.1.1 Princípios inquisitivo e dispositivo ou acusatório

Os estudos dos princípios inquisitivo e dispositivo ou acusatório decorrem da análise dos sistemas processuais penais classificados em inquisitório e acusatório, respectivamente, e são importantes para análise de qual princípio está disciplinado na CRFB/88 e no CPP/41, pois a aplicação de um ou de outro demonstrará o grau de atendimento aos direitos e garantias fundamentais do acusado no curso do processo (LOPES JUNIOR, 2012).

O princípio dispositivo foi nomeado como tal por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, mas é considerado por alguns doutrinadores, citando, por exemplo, Aury Lopes Junior e Marcellus Polastri Lima, como princípio acusatório.

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 28):

[...] o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor.

Já com relação ao sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo, “o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a *gestão da prova* está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”. (COUTINHO, 2001, p. 28).

De forma resumida, o princípio inquisitivo caracteriza-se pelo fato de “[...] a gestão da prova estar nas mãos do julgador (juiz-ator [inquisidor])”. Já no princípio dispositivo “[...] a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador)”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 134).

Questão que gera discussões em âmbito doutrinário é a definição de qual sistema processual é utilizado pelo modelo processual penal brasileiro vigente, se é o inquisitório, o qual é regido pelo princípio inquisitivo, ou pelo o acusatório, em que se aplica o princípio dispositivo.

Isso porque, na opinião de Aury Lopes Junior (2012, p.137, grifo do autor), “[...] **o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória [...]**”.

Na verdade, entende o autor que o modelo processual penal brasileiro é “(neo) inquisitório”, o que não significa dizer que o fato de a gestão da prova estar nas mãos do juiz (princípio inquisitório) impossibilite a aplicação dos princípios constitucionais ao processo, o qual denomina de “alguns acessórios”, como publicidade e motivação das decisões. Ainda acrescenta que tal aplicação não é capaz de transformar o sistema em acusatório (LOPES JUNIOR, 2012, p. 135).

Seguindo a mesma linha de pensamento, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 29) afirma que “o *sistema processual penal brasileiro* é, na essência, *inquisitório*, por que regido pelo *princípio inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz [...]”

Na prática, tem-se, por exemplo, o artigo 156, I e II, do CPP/41, que faculta ao juiz diligenciar em busca de provas, caracterizando, dessa forma, o sistema inquisitório, e ferindo a estrutura dialética do processo penal (LOPES JUNIOR, 2012).

Em contrapartida à essência inquisitória do processo penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 traz elementos que permitem concluir ser filiada ao sistema acusatório, conforme entendimento abaixo:

No Brasil, o princípio do **sistema acusatório**, mesmo que com algumas aberrações e contradições, ou seja, de forma mista, já era adotado anteriormente pela legislação infraconstitucional, mas hoje deflui, de forma pura, de princípios processuais inseridos na própria Constituição, mormente ao estabelecer a Carta Magna o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o princípio de juiz natural e imparcial (art. 5º, LIII, 92 e 126), e, principalmente, a privatividade da promoção da ação penal pública assegurada ao *parquet* (art. 129,I). (LIMA, 2009, p. 20, grifo do autor).

Do mesmo entendimento, compartilha Marcus Vinicius Boschi et al. (2008, p. 452), quando afirma o seguinte:

Na Constituição brasileira inexistente dispositivo explícito acerca do sistema acusatório, que aparece, contudo, de corpo inteiro, não só nos artigos que

tratam das garantias individuais como ainda daqueles que definem atribuições, competências, deveres e prerrogativas do Ministério Público, da Magistratura, da Advocacia.

Portanto, ante a disparidade entre a legislação infraconstitucional e as disposições constitucionais quanto ao sistema processual adotado, deve prevalecer, sem dúvida alguma, aquelas previstas na Constituição Federal de 1988 (LOPES JUNIOR, 2012).

É o que defende Aury Lopes Junior (2012, p. 137), ao afirmar que a base inquisitória do processo penal “[...] deve ser severamente combatida na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional”. Ou seja, “[...] é uma imposição de conformidade das leis processuais penais à Constituição e, portanto, ao sistema acusatório”.

Por derradeiro, vale lembrar que o Projeto de Lei n. 156/2009, denominado novo Código de Processo Penal, prevê expressamente em seu artigo 4º que o sistema processual penal brasileiro é de cunho acusatório, assim disposto: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (BRASIL, 2009).

2.1.2 Princípio do devido processo legal

Está contido no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88, veja-se: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, “[...] os estudos de processo constitucional devem ser feitos a partir das garantias do devido processo, ou, mais especificamente, a partir das garantias do devido processo penal [...]” (FERNANDES, 2005, p. 45).

Explica Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 45), que “predominou inicialmente uma visão individualista do devido processo legal, destinado a resguardar direitos públicos subjetivos das partes. Essa orientação teve seu período de fausto na primeira metade do século XX e parte da segunda.”

Continuando seu raciocínio, acrescenta que tal visão individualista “perdeu força ante a preponderância de uma ótica publicista, segundo a qual as

regras do devido processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo”. (FERNANDES, 2005, p. 45).

Por esse motivo, conceitua-se o princípio do devido processo legal na seguinte máxima: “[...] o réu só pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens com garantia de um processo legal, ou seja, da forma prescrita em lei.” (LIMA, 2009, p. 19).

2.1.3 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência encontra guarida no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, “[...] sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 236).

Explica Aury Lopes Junior (2012, p. 239) que o princípio da presunção de inocência “[...] afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares”.

Na visão de Marcellus Polastri Lima (2009, p. 29), “o chamado princípio da presunção de inocência, que decorre do princípio do devido processo legal, deve ser visto como ‘um princípio de não-culpabilidade’, já que não tem efeitos extremos, como é comum considerar alguns intérpretes, pois, não se presume a inocência [...]”

Tal opinião não é compartilhada por alguns doutrinadores, como Aury Lopes Junior (2012, p. 239), que defende o seguinte: “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.”

Quanto à dimensão interna, esclarece:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). (LOPES JUNIOR, 2012, p. 239).

E continua, agora acerca da dimensão externa:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 239).

Nesta trilha, em linhas gerais, dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p.32):

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação *jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Logo, havendo ausência ou ineficiência de provas capazes de demonstrar a culpabilidade do acusado em face de sua garantia constitucional da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* é medida a ser aplicada no caso concreto (LOPES JUNIOR, 2012).

2.1.4 Princípio da motivação das decisões judiciais

A CRFB/88 prevê em seu art. 93, inciso IX, que todas as decisões emitidas pelos órgãos do Poder Judiciário deverão ser motivadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988).

Aury Lopes Junior (2012, p. 252-253) aprofunda a sua análise acerca da motivação das decisões judiciais da seguinte maneira:

A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal.

E continua:

Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 253).

Em consonância com o exposto, mas em outras palavras, verifica-se o ensinamento a seguir:

[...] o conteúdo mínimo e essencial da garantia da motivação compreende, em síntese: 1. O enunciado das escolhas do juiz com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à análise dos fatos; c) à sua qualificação jurídica; d) às consequências jurídicas desta decorrentes; 2. nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados. (TARUFFO, 1975, p. 467 apud FERNANDES, 2005, p. 136).

De forma direta e sem delongas, Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 138) acentua que “a motivação, para que atenda à finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa”.

Urge esclarecer, ainda, que a fundamentação (motivação) é exigência para elaboração seja da sentença seja das decisões interlocutórias, especialmente as que restrinjam direitos e garantias previstos na CRFB/88 (LOPES JUNIOR, 2012, p. 254).

Além disso, a “[...] falta de motivação da decisão interlocutória ou da sentença é causa de nulidade absoluta, porque há ofensa a importante garantia do devido processo legal e a preceito constitucional”. (FERNANDES, 2005, p.137).

Verifica-se, portanto, o papel essencial que o princípio da motivação das decisões judiciais exerce no curso do processo, podendo, a sua não observância, acarretar grave violação aos atos processuais.

2.1.5 Princípio da imparcialidade do juiz

O princípio da imparcialidade do juiz não possui previsão expressa na Constituição Federal de 1988, entretanto, insere-se no contexto através da cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, da CRFB/88, o qual dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 92), o qual acrescenta que “[...] não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este sem aquele não tem finalidade útil, como também é fruto do Pacto San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil e, em vigor, desde 1992”.

De acordo com Aury Lopes Junior (2012, p. 448), “a imparcialidade é uma construção do Direito, que impõe a ele [juiz] um afastamento estrutural, um alheamento (*terzietà*) em relação à atividade das partes (acusador e réu)”.

Ou seja, “a imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 187).

A imparcialidade pode ser dividida em subjetiva e objetiva, entendendo-se a subjetiva como aquela que “[...] alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 190).

Já quanto à imparcialidade objetiva, dispõe-se:

[...] diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade). (LOPES JUNIOR, 2012, p.190-191).

Vale lembrar que o princípio da imparcialidade é regulamentado na legislação infraconstitucional, isto é, no CPP/41, em seus arts. 252 e seguintes, que tratam das causas de impedimento e suspeição do magistrado na atuação processual, já que o juiz não pode ter nenhum interesse na resolução mais benéfica ou não com relação ao imputado (TOURINHO FILHO, 2012).

Na visão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 33-34), não há exigência de que o juiz seja completamente imparcial ou neutro, pois a democracia processual “exige que os sujeitos se assumam ideologicamente [...] e que procurem, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais”.

Dessa forma, conclui que “o princípio da imparcialidade funciona como meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la”. (COUTINHO, 2001, p. 34).

2.1.6 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural tem respaldo no art. 5º, inciso LIII, CRFB/88, que assim estabelece: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” (BRASIL, 1988).

Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 65) conceitua o princípio da imparcialidade da seguinte maneira:

Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça. Juiz Natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar.

Nesta trilha, veja-se o entendimento a seguir:

O Direito brasileiro, adotando o princípio em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação do tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente. (OLIVEIRA, 2006, p. 25).

Em relação à função do princípio do juiz natural, verifica-se que “é com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional”. (FERNANDES, 2005, p. 131).

Dessa forma “[...] a garantia não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição”. (FERNANDES, 2005, p. 131).

Do ponto de vista de Aury Lopes Junior (2012, p. 176), “considerando que as normas processuais não podem retroagir para prejudicar o réu, é fundamental vedar-se a atribuição de competência *post facto*, evitando-se que a juízes ou

tribunais sejam especialmente atribuídos poderes (após o fato) para julgar um determinado delito”.

No dizer de Guilherme de Souza Nucci (2007, p.81):

Se as regras processuais puderem construir um sistema claro e prévio à indicação do juiz competente para o julgamento da causa, seja qual for a decisão, haverá mais aceitação pelas partes, bem como servirá de legitimação para o Poder Judiciário, que, no Brasil, não é eleito pelo povo.

Por fim, ressalta-se a diferença entre o princípio da identidade física do juiz e o princípio do Juiz Natural, conforme ensinamento a seguir:

Como se sabe, por este [o princípio do juiz natural], ninguém poderá ser processado ou sentenciado por juiz incompetente, ou seja, o juiz natural é o juiz competente, aquele que tem sua competência legalmente preestabelecida para julgar determinado caso concreto. Já por aquele [o princípio da identidade física] assegura-se aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo. (COUTINHO, 2001, p. 36).

Logo, o juiz natural é aquele que possui competência previamente estabelecida em lei para processar e julgar determinado delito.

2.1.7 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no art. 5º, inciso LV, CRFB/88, o qual dispõe: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

Apesar de se complementarem, os princípios do contraditório e da ampla defesa possuem conceitos distintos. Por esse motivo, utilizar-se-á, como meio de estudo, a divisão realizada por Aury Lopes Junior, consistente em Direito ao Contraditório, Direito de Defesa Técnica e Pessoal, que se subdivide em Direito de Defesa Pessoal Positiva e Negativa (LOPES JUNIOR, 2012).

A relevância da distinção entre o contraditório e a ampla defesa “reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades dos atos processuais”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 242).

Quanto ao Direito ao Contraditório, dispõe-se:

[...] pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 239).

Continua explicando o autor:

Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 241).

Na opinião de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p.43), o princípio do contraditório é definido da seguinte maneira:

[...] é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade), embora, *presentando* o Estado na relação processual é o detentor do Poder e, por conta disso, funciona como *órgão mediador*, através do qual passam os pleitos.

Por outro lado, conclui-se que o contraditório “[...] é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 242).

Já o Direito de Defesa Técnica “[...] supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor, ou simplesmente advogado”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 243).

Em contrapartida, “o fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado”. (FERNANDES, 2005, p. 287).

Vale Lembrar que o direito de defesa técnica é considerado inoponível, pois, “[...] além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo

na correta apuração dos fatos. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 244).

Acrescenta Aury Lopes Junior (2012, p. 244) que a defesa técnica “fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador”.

Na visão de Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 284) a defesa técnica “[...] para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e, assim, pode o acusado escolher o defensor de sua confiança”.

Com relação à defesa pessoal positiva, tem-se o seguinte:

[...] deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 246).

Outro conceito com relação à autodefesa verifica-se a seguir: “A autodefesa, de que aqui se cuida, é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo, não a que é patrocinada por advogado em seu próprio benefício, quando acusado em processo criminal”. (FERNANDES, 2005, p. 293).

Por fim, a defesa pessoal negativa se resume no direito que o acusado tem em não fazer prova contra si mesmo bem como em permanecer em silêncio (art, 5º, LXIII, da CRFB/88). Daí decorre o dever da autoridade policial ou judicial de advertir o sujeito passivo de tais direitos, sem que a opção de permanecer inerte o prejudique (LOPES JUNIOR, 2012).

Importante ressaltar que “[...] como decorrência desse direito do acusado a não se incriminar não se admite que a eventual recusa de colaboração para produção de prova contra sua pessoa possa configurar crime de desobediência (CP, art. 330)”. (FERNANDES, 2005, p. 292).

Destarte, “o sujeito passivo encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória está nas mãos do acusador. O direito de

defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser limitado”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 252).

Quanto à função que o direito de defesa desempenha no processo penal, importante demonstrar o seguinte entendimento:

Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à Justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido. O defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra o seu cliente, sem, é claro, atuar fora da legalidade. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 246).

Assim tanto o contraditório quanto qualquer modalidade de direito de defesa devem nortear todo o curso processual, gerando graves consequências à validade dos atos processuais praticados sem sua observância.

2.1.8 Princípio da vedação/inadmissibilidade das provas ilícitas

O artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88, também com previsão no artigo 157 do CPP/41, é claro ao estabelecer que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícitos no processo, especificamente para o presente estudo, sob a ótica do processo penal (BRASIL, 1988).

De uma forma mais abrangente e completa, ensina Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 91):

São várias as inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, XII), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII). A Carta Magna protege, ainda, o homem contra tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), e ampara o preso em sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarreta a formação de prova ilícita.

Segundo Aury Lopes Junior (2012, p. 593), a partir da leitura do artigo 157, do CPP/41, “as provas distinguem-se em ilegais (considerada gênero), ilegítimas e ilícitas (consideradas espécies da prova ilegal)”.

Explica o autor que a prova ilegítima ocorre quando há “[...] violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo [...]” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 593).

Já a prova ilícita “[...] é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo) [...]” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 593).

É o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 83) acerca das provas ilícitas:

O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus=il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo *ilícito*, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima.

Na visão de Aury Lopes Junior (2012, p. 594), a distinção entre prova ilícita e ilegítima é mais relevante quando se denota que a prova ilícita, por ser produzida fora do processo, não permite repetição, enquanto a prova ilegítima, produzida no curso da ação, pode ser validada pela repetição.

Sobre a importância do princípio da vedação das provas ilícitas, expõe Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 36):

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura *fundante* do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 86) “nenhuma legislação, exceto a brasileira, proclama, de maneira absoluta e peremptória, a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos e das ilícitas por derivação [...]”

A prova ilícita por derivação ocorre quando “[...] embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos [...]” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 88).

Com relação ao alcance da contaminação das provas ilícitas nos atos processuais, por meio da derivação, de acordo com o princípio da contaminação, extrai-se o seguinte entendimento:

Entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente, contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é prova que deles se obteve (LOPES JUNIOR, 2012, p. 601).

Por último, deve-se ter em mente que o princípio da vedação das provas ilícitas pode ser relativizado em casos especiais, em observância ao princípio da proporcionalidade (FERNANDES, 2005).

É o que ensina Antonio Scarance Fernandes (p. 2005, p. 94) quando descreve:

[...] a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Por outro lado, a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de distinção é perigosa “[...] na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor, o que pode acarretar restrições de direitos fundamentais.” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 596).

Portanto, no processo penal, devem-se observar, além da lei propriamente dita, todos os princípios aplicáveis à matéria estudados até agora, para possibilitar a garantia dos direitos e deveres do acusado durante o curso processual, já que tais princípios equivalem-se à norma em seu teor e aplicação, diante do importante papel que exercem no ordenamento jurídico.

Dessa forma, após o estudo dos princípios constitucionais do processo penal, passa-se ao estudo da teoria geral das nulidades do processo penal.

3 TEORIA GERAL DAS NULIDADES DO PROCESSO PENAL

A teoria geral das nulidades do processo penal brasileiro é questão que gera grandes discussões entre doutrinadores e juristas, devido ao seu alto grau de complexidade e a sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Trata dos atos defeituosos praticados ao longo da marcha processual, estabelecendo qual o nível de sua gravidade e as consequências que acarretará ao processo quando declarados.

Acerca dos estudos relativos à matéria, na opinião de Aury Lopes Junior (2012, p. 1121), “o Código de Processo Penal brasileiro em nada auxilia essa difícil missão, não só pelo baixo nível de conformidade constitucional desse diploma de 1941, mas principalmente pela falta de sistemática legal”.

Conceituando nulidades, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 771) afirma que “é o vício que contamina determinado ato processual, praticado sem observância da forma prescrita em lei, podendo levar a sua inutilidade e consequente renovação”.

Outro conceito verifica-se a seguir: “O desatendimento às fórmulas desse modelo [modelos legais] recebe a denominação genérica de *nulidade*, que é, em verdade, uma sanção existente com o objetivo de compelir o juiz e as partes a observarem a matriz legal.” (REIS; GONÇALVES, 2009, p. 128).

Entretanto, para Aury Lopes Junior (2012, p. 1136), “[...] nulidade não é sanção”.

É o que explica o autor em seguida:

A sanção é uma reação ao comportamento vedado pelo ordenamento; portanto, é um efeito. Já a nulidade conduz à ‘falta de efeito’, ou seja, à ineficácia do ato. Logo, se pensarmos nulidade como sanção, isso pressupõe, necessariamente, a produção de um efeito. Mas não é esse o tratamento dado à nulidade, pois ela conduz à falta de efeito do ato. Portanto, pensar as nulidades como uma sanção seria o mesmo que afirmar ser um *efeito a falta de efeito*. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1136).

Compartilham do mesmo entendimento Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo (2008, p. 4-5), ao afirmarem:

A nosso sentir, no entanto, nulidade não é sanção, ao menos no processo penal brasileiro. Validade ou nulidade são qualidades do ato jurídico conforme ele se apresente perfeito ou não. Sanção é consequência

objetiva, nunca qualidade de alguma coisa. Então, não se pode chamar a nulidade de sanção porque ela não é consequência objetiva. Consequência objetiva é a ineficácia. Daí porque entendemos que nulidade é a falta ou imperfeição jurídica que pode tornar o processo ineficaz no todo ou em parte. A sanção seria, assim, a consequência (nem sempre ocorrente) da nulidade e não a própria nulidade.

Já Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 642) faz uma conexão entre os dois entendimentos (vício ou sanção) ao dispor que “a nulidade, portanto, é, sob um aspecto, vício, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância de exigências legais ou uma falha ou imperfeição jurídica que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo”.

Avançando no tema, Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 639), estabelece que “a declaração de nulidade seria a consequência jurídica da prática *irregular* de ato processual, seja pela não-observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com sua prática”. (OLIVEIRA, 2006, p. 639).

Ainda com relação à declaração de nulidade, disciplina-se:

[...] a declaração de nulidade de um ato processual não nega a validade da relação processual, e, por vezes, há nulidade de apenas alguns atos (os decisórios, por exemplo) e, além disso, ela existiu até o reconhecimento da nulidade, ainda que anulado o processo *ab initio*. A ausência de nulidade é condição e não pressuposto. (MIRABETE, 2004, p. 642).

Acerca da função do sistema de nulidades, é aquela que “[...] está a serviço do réu, pois o sistema de garantias constitucionais assim se estrutura, como mecanismo de tutela daquele submetido ao exercício do poder”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1133).

Ou seja:

Somente a compreensão dessa estrutura permite atingir a consciência de que o sistema de invalidades processuais funda-se na tutela do interesse processual do imputado. Toda teoria dos atos defeituosos tem, como objetivo nuclear, assegurar o devido processo penal para o imputado. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1134).

Quanto à importância do sistema das nulidades, está claramente expresso a seguir:

[...] é pelo sistema de nulidades e, mais exatamente, pelo método de convalidação dos atos desconformes que se tem uma baliza, um termômetro do grau de aceitação dos valores emanados pela CR

[CRFB/88] e pela CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos] para o processo penal. Desta forma, a manutenção dos cânones de compreensão do sistema de nulidades, ainda apegados aos postulados inquisitivos, seguramente serve como fonte de represamento dos novos valores no processo penal; obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no processo penal. (CHOUKR, 2007, p. 769).

Em relação às divisões doutrinárias, adotar-se-á aquela elaborada por Aury Lopes Junior e que é utilizada pela maioria dos doutrinadores, consistente nas seguintes categorias: meras irregularidades, inexistência, nulidade relativa e nulidade absoluta.

A abordagem do conteúdo também incluirá os estudos dos princípios norteadores do sistema das nulidades, refletidos, dentre outros aspectos, através dos sistemas básicos, surgidos na doutrina, classificados como formalistas (indeclinabilidade das formas) e da instrumentalidade das formas (é válido se atingiu seu objetivo). Tanto um quanto o outro estão disciplinados no CPP/41 (MIRABETE, 2004, p. 643).

É o que afirma Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 643) ao dispor que “o Código de Processo Penal ficou em meio-termo entre os sistemas formalista e da instrumentalidade das formas, procurando ser restritivo em matéria de nulidades ao afastar um formalismo excessivo, como aliás se observa da Exposição dos Motivos (itens II e XVII)”.

Vale lembrar que é imperativa a toda nulidade a exigência de “manifestação expressa do órgão judicante, independente do grau de sua irregularidade. Isso porque, uma vez praticado o ato, a tendência do processo é seguir a sua marcha, conforme previsto na ritualística procedimental”. (OLIVEIRA, 2006, p. 639-640).

E continua o autor, ao concluir que “por isso, quer se trate de ato absolutamente nulo, quer se trate de ato relativamente nulo, todos eles deverão ser anulados por decisão expressa”. (OLIVEIRA, 2006, p. 639-640).

Dessa forma, feitas as considerações iniciais, partir-se-á para os estudos das meras irregularidades e inexistências e, após, para as nulidades propriamente ditas, divididas em relativas e absolutas assim como de seus princípios norteadores.

3.1 MERAS IRREGULARIDADES E INEXISTÊNCIA

Os atos processuais que apresentam defeitos, considerados estes como meras irregularidades ou inexistência estão “à margem das nulidades”, segundo Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 772).

Para Marcos Vinicius Boschi (2008, p. 446), são considerados como “[...] espécies de manifestações de atipicidade dos atos processuais”.

Marcellus Polastri Lima (2009, p. 857) explica que “[...] nem todo defeito no processo há de ser visto como nulidade, até porque existem defeitos que impedem a própria existência do processo, e isto não é considerado pelo Código dentro do sistema de nulidades”.

As meras irregularidades “[...] são concebidas como defeitos de mínima relevância para o processo, que em nada afetam a validade do ato”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1122).

Isto é, os atos irregulares “[...] são aqueles em que o defeito não compromete a eficácia do princípio constitucional ou processual que ele tutela, sendo, portanto, uma mera irregularidade formal sem consequências relevantes”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1122).

Na visão de Marcus Vinicius Boschi et al. (2008, p. 447), “[...] irregularidades são os atos processuais existentes (no mundo real) e válidos juridicamente, embora impregnados de defeitos de mínima significação, que não comprometem ou afetam a sua existência [...]”

Em outras palavras, “[...] existem situações em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, não chegando a descaracterizar o ato; tem-se aí a mera irregularidade, que não afeta a validade do ato processual, porque a forma [...] não é um fim em si mesma”. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 23).

Podem-se citar como exemplo as seguintes falhas materiais irrelevantes: “[...] erros na grafia do nome do réu (que não impedem sua identificação) na comunicação dos atos processuais, denúncias oferecidas fora do prazo legal, juízes que não cumprem os prazos estabelecidos para a prática dos atos judiciais [...]” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1123).

Por outro lado, a inexistência consiste na “‘falta’ (e não como ‘defeito’, ainda que muitos confundam defeito com falta) de elemento essencial para o ato, que sequer permite que ele ingresse no mundo jurídico, ou ainda, o suporte fático é insuficiente para que ele ingresse no mundo jurídico”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1123).

Para Marcellus Polastri Lima (2009, p. 857):

[...] a inexistência é mais grave do que a nulidade, pois só se anula algo que possa existir e, assim, a inexistência não faz parte do sistema de nulidades, e não tem sido bem compreendida, seja pelo legislador, seja pela doutrina e jurisprudência, que, erroneamente, por vezes, insistem em confundir inexistência com nulidade absoluta.

Em Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 22), encontra-se o seguinte esclarecimento:

São atos processuais *inexistentes* aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais; são, na verdade, *não-atos*, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade.

Sentença firmada por uma pessoa que não é juiz, ou sentença sem dispositivo legal são exemplos de ato inexistente, que, na prática, não possuem aplicabilidade, e integram o mundo jurídico apenas para fins teóricos (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1123).

Dessa forma, conclui-se que as meras irregularidades e a inexistência não são consideradas nulidades, mas são institutos que necessitam de compreensão, pois fazem parte da teoria geral dos atos defeituosos do ordenamento jurídico brasileiro, podendo ocorrer nas hipóteses acima especificadas.

3.2 NULIDADES ABSOLUTAS E NULIDADES RELATIVAS

O sistema de nulidades está previsto nos artigos 563 a 573 do CPP/41, os quais possuem um sério problema de adequação com os procedimentos criados e/ou alterados posteriormente ao Código de Processo Penal Vigente, o que acaba produzindo uma “colcha de retalhos” através das reformas pontuais, como por exemplo, o Tribunal do Júri, que foi completamente alterado pela Lei nº 11.689/2008, a qual, todavia, não modificou os dispositivos legais acerca das nulidades (LOPES JUNIOR, 2012).

É a visão de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 776):

O art. 564 em combinação com o art. 572, ambos do Código de Processo Penal, considera nulidades absolutas as previstas no art. 564, incisos I, II, III, 'a', 'b', 'c', 'e', 'f', 'i', 'j', 'k', 'l', 'm', 'n', 'o', 'p', e parágrafo único. Já as relativas estão previstas no art. 564, inciso III, 'd', 'e' – segunda parte, 'g', 'h', e inciso IV.

O autor ainda complementa que “outras nulidades podem ser reconhecidas, advindas de princípios constitucionais e processuais, embora não expressamente constantes no rol do art. 564”. (NUCCI, 2007, p. 776).

Isto é, na opinião de Macellus Polastri Lima (2009, p. 869), o referido rol não é exaustivo, possuindo previsão genérica no art. 564, inciso IV, CPP/41, no seguinte sentido:

[...] no sentido de que se dará a nulidade ‘por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato’ e, destarte, ficam abrangidas quaisquer formas relevantes de descumprimentos de modelos ou formas legais de atos processuais, ficando, para o intérprete, a missão de identificar grau do vício.

Outro é o entendimento de Aury Lopes Junior (2012, p. 1126), ao afirmar que o Código de Processo Penal de 1941 pretendeu criar um rol de nulidades cominadas, “[...] que não é atenuado pela tentativa de alguma doutrina de salvá-lo, argumentando que o rol seria exemplificativo. Errado. Trata-se de uma clara tentativa de estabelecer um rol de nulidades cominadas”.

Segundo Fauzi Hassan Choukr (2007, p. 775), “[...] a enumeração exaustiva das causas de nulidade é uma das muitas heranças do modelo inquisitivo e não se sustenta diante da alteração da matriz ideológica do Código de Processo Penal a partir da CR [CRFB/88] da CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos]”.

Heráclito Antônio Mossin (1999), ao seu tempo, já defendia que o rol de nulidades previstas no art. 564 do CPP/41 foi uma tentativa de se unificar aquelas constantes nos códigos estaduais bem como de se evitar a demasiada multiplicação dos atos processuais nulificáveis pelos tribunais da época, o que causava grande insegurança jurídica.

Na opinião do autor, os objetivos principais da tipificação unificadora das nulidades processuais era a economia processual e a celeridade da Justiça, o que não foi atendido pelo Código de Processo Penal vigente, pois “[...] uma gama imensa dessas hipóteses foi nele arrolada [art. 564, CPP/41] como causa

determinante da imprestabilidade do processo ou da relação jurídico-processual, que se constitui no último passo histórico da legislação brasileira”. (MOSSIN, 1999, p. 25).

Mais do que isso, é verificar “[...] que nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta e à luz da principiologia constitucional. Daí por que qualquer tentativa de definição [dos tipos de nulidades] *a priori* é extremamente perigosa e reducionista”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1127).

Dessa forma, Aury Lopes Junior (2012, p. 1126) defende que “[...] o art. 564 é, atualmente, imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas”.

Ou ainda, “como muito, serve de indicativo, a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1126).

3.2.1 Princípios informadores do sistema de nulidades processuais

Antes de diferenciar as modalidades de nulidades previstas no CPP/41, importante a abordagem dos princípios informadores das nulidades processuais, que também são conhecidos, por doutrinadores como Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo, em regras impeditivas de declaração de nulidades, dividindo-se da seguinte maneira:

3.2.1.1 Princípio do prejuízo

Dispõe o art. 563 do CPP/41: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (BRASIL, 1941).

O princípio do prejuízo pode ser definido da seguinte forma:

Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 31).

E continuam os autores:

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma, não haverá *prejuízo* e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade *relevante* dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pás de nullité sans grief*. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 31-32).

Na visão de Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 650):

Quando se fala em *prejuízo* para as partes, é preciso ainda distinguir: há nulidades que implicam prejuízos *relevantes* e outras há que não ultrapassam a fronteira da abstração legislativa. Prejuízos relevantes são aqueles que derivam de atos processuais nulos, mas com aptidão para influir na apuração da *verdade* ou do *convencimento judicial*.

A difícil missão acerca do assunto é definir o prejuízo, pois “além da imprecisão em torno do que seja ‘prejuízo’, há um agravamento no trato da questão no momento em que se exige que a parte prejudicada (geralmente a defesa, por evidente) faça prova dela”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1129).

As consequências da falta de um conceito determinado de prejuízo é que ele “[...] vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador, e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas”. (COUTINHO, 2001, p. 44).

Para Fauzi Hassan Choukr (2007, p. 773), a falta de um conceito específico é reflexo de um sistema processual inquisitivo, veja-se:

Como característica geral do modelo inquisitivo de processo, os conceitos não são definidos com clareza sendo, pois, impossível apresentar na doutrina e jurisprudência uma forma concreta desse prejuízo [...]. Assim, antes de dizer o que é prejuízo, a doutrina e jurisprudência tendem a dizer o que ele não é.

No entendimento de Aury Lopes Junior (2012, p. 1130), “[...] partindo da teoria do prejuízo, pensamos que há somente uma saída em conformidade com o sistema de garantias da Constituição: não incumbirá ao réu a carga probatória de um tal ‘prejuízo’”.

E o autor esclarece sua teoria da seguinte maneira:

Ou seja, não é a parte que alega a nulidade que deverá ‘demonstrar’ que o ato atípico que lhe causou prejuízo, senão que o juiz, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado. Trata-se de uma ‘inversão de sinais’, de liberação dessa carga probatória por parte da defesa (que nunca poderá tê-la), e atribuição ao juiz, que deverá demonstrar a devida convalidação do ato para legitimar sua validade e permanência no processo. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1130).

Para finalizar, urge esclarecer que “as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é *evidente*”. Já com relação “às nulidades *relativas*, o mesmo não ocorre”. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 33-34).

3.2.1.2 Princípio da tipicidade

O princípio da tipicidade consiste na obediência, pelas partes, “[...] das formalidades previstas na lei processual, de molde a não só atender os requisitos intrínsecos dos atos processuais, como se fixar o modo de exteriorização do ato a ser praticado”. (LIMA, 2009, p. 863).

É a opinião de Aury Lopes Junior (2012, p. 1137):

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidade somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal.

E continua o autor com o seguinte ensinamento:

O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1133)

Dessa forma, conclui-se que “a observância dessas formas não é um fim, mas um meio para assegurar o cumprimento dos princípios”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1137).

3.2.1.3 Princípio da instrumentalidade das formas

O artigo 566, CPP/41, disciplina que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. (BRASIL, 1941).

Na visão de Marcellus Polastri Lima, “[...] para se evitar uma rigidez absoluta no que se refere à decretação das nulidades, existe um certo abrandamento deste princípio, através do chamado princípio da **instrumentalidade das formas**”. (LIMA, 2009, p. 864, grifo do autor).

O princípio da instrumentalidade das formas estabelece que “a forma não pode ser considerada um fim em si mesma, ou um obstáculo insuperável, pois o processo é apenas um meio para se conseguir solucionar conflitos de interesse, e não um complexo de formalidades sacramentais e inflexíveis”. (CAPEZ, 2012, p. 701).

Do mesmo entendimento compartilha Aramis Nassif (2001, p. 30), quando afirma o seguinte:

O processo, por não ter finalidade em si próprio, deve ser o meio para apuração da verdade e aplicação do direito substancial. No mesmo sentido concorre a interpretação ao art. 572, II, in fine, CPP, pois, ‘se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim’, a nulidade, pela vocação teleológica do processo, não será declarada.

O autor complementa seu raciocínio ao defender que “seria juridicamente ilógico que, havendo alternativa para alcançar-se o objetivo do ato jurídico, ou que o mesmo não produza qualquer influência sobre o destino final do processo, normalmente a sentença, que seja declarada a nulidade”. (NASSIF, 2001, p. 30).

Quanto à expressão “verdade substancial” contida no art. 566, CPP/41 (BRASIL, 1941), Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 650) expõe seu entendimento a seguir:

Ora, a expressão verdade substancial é inteiramente desnecessária, tendo em vista que as questões de fato a serem apreciadas no processo penal são sempre ligadas à prova, ou seja, à verdade processualmente comprovada. O que deve ser analisado, então, é a capacidade de influência do ato nulo na *decisão* da causa.

Por esse motivo, para Aury Lopes Junior (2012, p. 1127), o referido dispositivo legal, “revela um ranço inquisitório completamente superado, ao estabelecer a ‘verdade substancial’ ou real, como critério para não reconhecimento

da invalidade processual, quando se sabe da absoluta imprestabilidade jurídica e científica deste conceito”.

3.2.1.4 Princípio da causalidade

Também conhecido como princípio da contaminação, decorre da interpretação dada aos parágrafos do art. 573, §1º e §2º, do CPP/41, transcrito a seguir:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.
 §1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência;
 §2º o Juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.(BRASIL, 1941).

O princípio da contaminação se justifica pelo fato de os atos processuais serem interligados, dependentes, razão pela qual é necessário que os atos subsequentes sejam anulados juntamente com o ato principal viciado, sob pena de se prejudicar a sentença final, é o que explica o ensinamento a seguir:

Os diversos atos que compõem o procedimento não tem existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; existe sempre um nexo de *causalidade* entre os diversos atos que se sucedem. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 34).

E complementam os autores:

Sendo assim, a ausência ou invalidade de um determinado ato processual provoca sempre a indagação sobre a extensão da nulidade; trata-se de saber se a violação da forma prescrita para o ato declarado nulo também atingiu outros ligados atos ligados àquele; fala-se então em nulidade *originária* e *derivada*. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 35).

Em outras palavras, “[...] a nulidade é exclusivamente de um ato ou de parte dele, quando com seu vício não contamine os demais. Em uma cadeia de atos, existe contaminação quando o ato subsequente possui dependência total ou parcial do anterior”. (TOVO; TOVO, 2008, p. 13).

Para Aury Lopes Junior (2012, p. 1142-1143), o critério utilizado para definição dos atos que serão invalidados, em decorrência de outro já nulificado, é aquele ato que influenciará na sentença, senão veja-se:

Todos os atos do procedimento visam ao provimento final, de modo que um ato inválido deverá ter sua eficácia neutralizada, como igualmente deverá ser neutralizada a eficácia do ato final (sentença) quando ele não tiver sido precedido da sequência de atos determinados pela lei [...]

Por outro lado, “nenhuma dúvida pode existir de que a violação às formas processuais estabelecidas pelo devido processo penal conduz, inexoravelmente, à repetição (refazer o feito com defeito) ou, em caso de defeito insanável, decretar-se a nulidade do ato decisório e do próprio processo”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1143).

A crítica em relação à matéria decorre do posicionamento a seguir:

Infelizmente a jurisprudência brasileira é pródiga em pecar pela (excessiva) redução da complexidade da situação jurídica processual, valorando isoladamente os atos atípicos, sem considerar a vinculação de todos com o ato final, bem como a relação (inevitável, no mais das vezes) de prejudicialidade (pela contaminação) em relação aos que o seguem, inclusive o ato final (que todos miram), que é a sentença. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1144).

É o disposto no art. 567 do CPP/41: “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.” (BRASIL, 1941).

Ao contrário do disciplinado no referido diploma legal, a extensão da declaração de nulidade em decorrência da incompetência do juiz não se limita aos atos decisórios (LOPES JUNIOR, 2012).

É o que defende Aury Lopes Junior (2012, p. 1144), ao afirmar que referido artigo deve ser interpretado à luz da Constituição, já que “atualmente, consagrado que está a garantia do juiz natural e do devido processo legal, uma vez reconhecida e incompetência do juiz, deve ser anulado o ato decisório e, principalmente, todo o processo”.

Por fim, em linhas gerais “afirma-se, com razão, que a nulidade dos atos da *fase postulatória* do processo se propaga sempre para os demais atos, enquanto a invalidade dos *atos de instrução*, via de regra, não contamina os outros atos de aquisição da prova validamente realizados”. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 35).

3.2.1.5 Princípio do interesse

O princípio do interesse disciplina que “só pode invocar a nulidade quem dela possa extrair algum resultado positivo ou situação favorável dentro do processo. Portanto, ninguém pode alegar nulidade que só interesse à parte contrária (CPP, art. 565, segunda parte)”. (CAPEZ, 2012, p. 702).

É o que se verifica da leitura do artigo 565, CPP/41, adiante transcrito: “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.” (BRASIL, 1941).

Na visão de Aury Lopes Junior (2012, p. 1135), o princípio do interesse, estabelecido pelo art. 565, do CPP/41, deve ser repensado como interesse tutelado do imputado, conforme ensinamento abaixo:

Portanto, não cabe anular-se um processo por defeito, salvo se houver pedido da defesa ou isso for feito, em seu benefício, de ofício pelo Tribunal. Excepcionalmente, quando a violação do princípio constitucional afetar gravemente o acusador, estará legitimado o Ministério Público a pleitear o reconhecimento judicial da invalidade.

Outro ponto de vista se verifica no ensinamento a seguir descrito, em que os autores comparam o princípio do interesse ao interesse de agir, instituto que integra as condições da ação:

Em matéria de nulidades, ocorre fenômeno semelhante: a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua conseqüente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade. (GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, 2004, p. 36).

Além disso, veja-se:

A lei também não reconhece o interesse de quem tenha dado causa à irregularidade, aplicando-se nesse particular o preceito *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que tenha dado causa, ou para a qual tenha concorrido]; dar causa, nessa hipótese, não exige dolo ou culpa, mas apenas o fato objetivo. (GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, 2004, p. 37).

Por derradeiro, importante esclarecer que o princípio do interesse aplica-se às nulidades relativas, “[...] de vez que as absolutas não dependem de postulação”. (NASSIF, 2001, p. 32).

3.2.1.6 Princípio da convalidação

O princípio da convalidação está previsto nos artigos 568, 569 e 570 do CPP/41 e “decorre de razões de economia processual, bem como do princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado na possibilidade de o ato imperfeito não ser declarado inválido, caso sobrevenha evento a que a lei atribua caráter sanatório (art. 572)”. (REIS; GONÇALVES, 2009, p. 132).

Também, nesse caso, “aplica-se, em regra, somente às nulidades relativas, já que as absolutas não estão sujeitas, salvo algumas hipóteses, a convalidação”. (REIS; GONÇALVES, 2009, p. 132).

Em consonância com o exposto, decorre o seguinte ensinamento:

Sendo assim, ao mesmo tempo que prevê as hipóteses de aplicação da sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, o ordenamento também estabelece remédios pelos quais será possível aproveitar-se atividade processual atípica; em certas situações previstas em lei, sanada a irregularidade ou sanado o prejuízo, será possível que o ato viciado venha a produzir efeitos que dele eram esperados; nesse casos, em lugar da invalidação, pode ocorrer a convalidação do ato praticado em desconformidade com o modelo legal. (GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, 2004, p. 38).

Assim, após a exposição dos princípios que regem o sistema das nulidades, passa-se ao estudo de seus tipos específicos.

3.2.2 Nulidades absolutas

As nulidades absolutas são conceituadas da seguinte forma:

É definida como aquelas em que ocorre uma violação de norma cogente, que tutela interesse público; ou existe uma violação de princípio constitucional; pode ser declarada de ofício ou mediante invocação da parte interessada; o prejuízo e o não atingimento dos fins são presumidos; é insanável, não se convalida e tampouco é convalidada pela preclusão ou trânsito em julgado. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1124).

E complementa o autor:

Com relação a esse último item, sublinhamos que a sentença condenatória, ainda que transitada em julgado, pode ser revisada a qualquer tempo; já a sentença absolutória transitada em julgado faz coisa soberanamente julgada, não podendo ser revisada, ainda que o processo seja nulo. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1124).

Outro aspecto das nulidades absolutas é que “[...] a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, independentemente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1124).

Dessa forma, “sendo alegada pela parte, não necessita demonstração do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1124-1125).

Em outras palavras, “a nulidade ‘absoluta’ independe de provocação da parte, constituindo-se em matéria de ‘ordem pública’, podendo ser arguida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição e do procedimento [...]” (CHOUKR, 2007, p. 771).

Acrescenta-se que “seu reconhecimento retroage ao momento do ato absolutamente nulo. Por parte da doutrina brasileira é identificada com as lesões constitucionais [...] quando a ofensa não constituir verdadeira causa de inexistência do ato”. (CHOUKR, 2007, p. 771).

Na visão de Marcellus Polastri Lima (2009, p. 868), “a nulidade absoluta nem sempre será declarada uma vez detectada, pois, se o mérito puder ser julgado a favor daquele que sofreu o prejuízo, o juiz não a decretará”.

Por último, para se identificar uma nulidade absoluta, de forma simplificada, basta se ter em mente que “os exemplos costumam conduzir à violação de princípios constitucionais, especialmente o direito de defesa e o contraditório”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1125).

É o que ensina Aramis Nassif (2001, p. 24), ao afirmar que “será sempre absoluta quando houver violação a princípio constitucional do processo (ampla defesa, contraditório, juiz natural, publicidade e motivação das decisões do Poder Judiciário, etc.)”.

3.2.3 Nulidades relativas

Ao contrário das nulidades absolutas, as nulidades relativas não são tão graves ao processo e, nesse caso, “caberá à parte interessada postular o reconhecimento da nulidade e, segundo o senso comum arraigado, demonstrar o prejuízo processual sofrido. Ademais, se não alegar nulidade no momento adequado, opera-se a convalidação pela preclusão”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1125).

Em síntese, as nulidades relativas apresentam as seguintes características:

[...] viola uma norma que tutela um interesse essencialmente da parte, ou seja, um interesse privado; não pode ser conhecida de ofício, dependendo da postulação da parte interessada; convalida com a preclusão; a parte deve demonstrar o prejuízo sofrido. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1126).

Portanto, “[...] segundo o senso comum teórico, não havendo a arguição no momento oportuno ou não havendo demonstração do efetivo prejuízo para a parte que o alegou, não haverá a nulidade do ato”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1125).

Na opinião de Marcellus Polastri Lima (2009, p. 867), “[...] a melhor forma de se identificar uma nulidade relativa é por eliminação, ou seja, não sendo a nulidade absoluta, por ser assim cominada ou por violar ou transgredir o interesse público, e, não sendo caso de mera irregularidade, teremos uma nulidade relativa”. (LIMA, 2009, p. 867).

Acerca da impossibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz quando detectada alguma hipótese de nulidade relativa, outro é o entendimento de Marcellus Polastri Lima (2009, p. 868), ao defender sua tese com o ensinamento a seguir:

De se acentuar que também a nulidade relativa pode ser declarada de ofício pelo juiz, já que este cabe velar pela regularidade processual, fazendo com que o ato seja praticado corretamente, mas o que ocorre é que a parte que sofreu o prejuízo pode ‘abrir mão’ de sua declaração e, uma vez ocorrida a preclusão, não a alegando a parte no momento oportuno, só poderá ser reconhecida, em casos extremos, e com ocorrência de demonstrado prejuízo efetivo, com repercussão negativa em potencial sobre o processo e não incidindo as hipóteses legais de aproveitamento do ato, sendo que, neste caso, não há convalidação.

Compartilha da mesma tese Aramis Nassif (2001, p. 23), ao argumentar o seguinte:

Existe corrente doutrinária que entende que a nulidade relativa não deve ser decretada *ex officio* (Bento de Farias), mas no direito moderno tal postura é inaceitável, haja vista a responsabilidade que tem o juiz em uma sentença que derive de regular e hígido processamento da ação penal.

Urge esclarecer sobre o momento de arguição das nulidades previsto no artigo 571, do CPP/41, que é aplicável às nulidades relativas, já que, como visto, as nulidades absolutas podem ser arguidas a qualquer tempo.

É o que se extrai do ensinamento a seguir:

Ao apontar, no art. 571, as fases procedimentais em que podem ser arguidas, o legislador, portanto, voltou-se exclusivamente às nulidades relativas, isto é, às únicas que, para serem declaradas, dependem, em princípio, de arguição oportuna da parte interessada, com demonstração objetiva do prejuízo sofrido. (BOSCHI et al., 2008, p. 505).

Quanto aos aspectos atuais da declaração das nulidades relativas pelos tribunais, segundo Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 773), “a tendência, hoje, é estreitar o campo das absolutas e alargar o das relativas”.

E continua o autor:

Embora na situação geradora de uma nulidade absoluta continue a ser presumido o prejuízo, sem admitir prova em contrário, o que se vem fazendo é transferir determinadas situações processuais, antes tidas como de prejuízo nítido, para o campo dos atos processuais, cujo prejuízo fica sujeito à comprovação. Dessa forma, o conceito de nulidade absoluta fica inalterado. Muda-se, no entanto, a classificação do ato processual, transformando-o de absolutamente viciado em relativamente falho. (NUCCI, 2007, p. 773).

Aury Lopes Junior (2012, p. 1121) atribui essa tendência às “[...] absurdas relativizações diariamente feitas por tribunais e juízes, muitas vezes meros repetidores do senso comum teórico, calcados na equivocada premissa da teoria geral do processo”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1121).

É a visão do autor com relação às nulidades relativas:

É elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria de nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1125).

Dessa forma, após os estudos dos princípios constitucionais do processo penal assim como da teoria geral das nulidades, passa-se para abordagem da Súmula 523 do STF, inclusive sob a ótica de algumas decisões exaradas pelo TJSC.

4. A SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

A Súmula 523 é assim descrita: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prejuízo para o réu.” Foi aprovada em Sessão Plenária de 03 de dezembro de 1969 do Supremo Tribunal Federal e teve como referência legislativa os artigos 563 e 564, III, ‘c’, do CPP/41 (BRASIL, 1969).

Levando em consideração que a vigente Constituição Federal foi promulgada em 1988, verifica-se a extrema necessidade destes dispositivos legais serem interpretados sob a ótica do atual regramento jurídico constitucional, e é justamente a forma de aplicação de tal súmula no TJSC, através das decisões pesquisadas, o objeto de estudo deste capítulo.

Inicialmente, conceitua-se súmula da seguinte maneira: “[...] são o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil a emití-la toda vez que existir um incidente de uniformização de jurisprudência [...]” (STRECK, 1998, p. 116).

O dispositivo do Código de Processo Civil a que o autor se refere está adiante transcrito, veja-se:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante. (BRASIL, 1973).

Dessa forma, esclarecidas as questões conceituais, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 781) disciplina que na Súmula 523 do STF “há natural distinção entre ausência de defesa e deficiência de defesa”, conforme se passa a demonstrar.

4.1 AUSÊNCIA DE DEFESA

A falta de defesa, sinônimo de ausência de defesa no mundo científico e jurídico, recebe tratamento de nulidade absoluta pela Súmula 523 do STF, conforme abaixo esclarece Ana Paula Pinto da Silva (2010, p. 7431):

Pelo enunciado, observa-se claramente que o STF estabeleceu como vício insanável a ausência de defesa, uma vez que a sancionou com nulidade absoluta – categoria de sanção aplicável aos vícios não passíveis de convalidação.

Dessa forma, a ausência de defesa pressupõe a inobservância do princípio constitucional da ampla defesa, segundo ensinamento a seguir: “Ora, que a ausência de defesa é causa de nulidade absoluta não podem mesmo restar quaisquer dúvidas, em face do princípio constitucional da ampla defesa.” (OLIVEIRA, 2006, p. 399).

É o entendimento de Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que “no primeiro caso [ausência de defesa], não tendo sido nomeado defensor ao réu, caso este não possua advogado constituído, gera-se nulidade absoluta, mesmo porque presumido é o prejuízo (vide art. 263, CPP, além do princípio constitucional da ampla defesa)”. (NUCCI, 2007, p. 781).

Do ponto de vista de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 34), “[...] a ausência de defesa já caracteriza o dano, o que é intuitivo, pois vulnerado princípio fundamental expresso na Constituição [...]”

Em sede de entendimento judicial, Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 30) ao elaborar comentários acerca da decisão proferida pelo STF no HC n. 82.672/RJ, defende o seu posicionamento acerca da ausência de defesa, adiante transcrito:

Enquanto o contraditório exige a garantia da participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* desta participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado. Aliás, conforme teve a oportunidade de decidir a Suprema Corte, a manifestação da defesa patrocinada por defensor público ou dativo, quando limitada ao pedido de *condenação ao mínimo legal*, é causa de nulidade do processo, exatamente por ausência de defesa efetiva (HC n. 82.672/RJ, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio. Informativo STF n. 325, p. 2). Na oportunidade, o Ministro Carlos Brito, vencido no julgamento, argumentou tratar-se de estratégia da defesa, com o único objetivo de obter a nulidade do processo. Com ou sem razão, Sua Excelência, no que se refere a ser ou não ser estratégia da defesa, o fato é que ao Judiciário impõe-se o controle do efetivo exercício da ampla defesa. Nessa medida, se o defensor, constituído ou dativo, não a exerce, cabe ao julgador nomear defensor unicamente para aquele ato, tal como ocorre no plenário do júri, nos termos do art. 497, IV, do CPP, prosseguindo-se com o processo.

Diante dos elementos expostos, pode-se concluir que a natureza jurídica de nulidade absoluta atribuída à ausência de defesa é a interpretação mais adequada, pois constituída sob a ótica constitucional, veja-se:

No que se refere à definição de ausência de defesa, o posicionamento adotado pelo STF, ao considerá-la vício insanável, com certeza foi o mais adequado, haja vista o caráter essencial do direito à defesa no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no processo penal que envolve bens jurídicos de valor incalculável como liberdade e dignidade humana. Além disso, o Supremo nada mais fez que repetir tratamento já conferido ao assunto pelo Código de Processo Penal Brasileiro no art. 564, III, “c” [...] (SILVA, 2010, p. 7431).

Verifica-se, portanto, que é pacífico na doutrina e também na jurisprudência ser caracterizada a ausência de defesa como nulidade absoluta.

4.2 DEFICIÊNCIA DEFESA

Diferente do que ocorre com a ausência de defesa, o tratamento concedido à deficiência de defesa pela Súmula 523 do STF gera discussões doutrinárias e posicionamentos jurídicos divergentes, sendo o ponto crucial da presente pesquisa.

Nesse sentido, afirma Vinícius Borges de Moraes (2006):

Questão ainda controversa na doutrina e na jurisprudência é a conceituação acerca da nulidade da deficiência de defesa, nos termos da Súmula 523 do STF, cuja finalidade era a de justamente pacificar o tema. Porém, em tendo sido utilizada uma estrutura não muito clara, pode-se afirmar que não há ainda um consenso sobre se a deficiência de defesa seria uma nulidade absoluta ou relativa.

Decorre do teor da súmula citada acima a seguinte interpretação de Ana Paula Pinto da Silva (2010, p. 7431): “[...] definiu a deficiência de defesa como vício sanável ao exigir a prova do prejuízo para o réu – característica própria das nulidades relativas – como condição para anulação do processo.”

Na visão de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 781), “[...] a deficiência de defesa não é causa obrigatória de nulidade, relativa neste caso, devendo ser evidenciado o prejuízo sofrido pelo acusado”.

A deficiência de defesa, na interpretação dada pelos tribunais, também é considerada como sendo uma nulidade relativa diante da necessidade de demonstração do prejuízo, o que condiz com as “próprias origens da súmula” (MORAES, 2006).

Cita-se, para exemplificar, um dos julgados que fundamentou a elaboração da Súmula 523 do STF, acórdão do Supremo Tribunal Federal de 10 de junho de 1965, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA: Nulidade. Prejuízo. Defensor-estagiário. A falta, e não a deficiência de defesa, é que constitui nulidade absoluta (CPC, art. 564, c). Para se anular o processo por deficiência de defesa, requer-se prova do prejuízo. (BRASIL, 1965).

Ocorre que, no entendimento de Ana Paula Pinto da Silva (2010, p. 7437), o posicionamento mais correto a se adotar com relação ao tema é o seguinte:

[...] não importa se ausente ou deficiente qualquer vício ou irregularidade que envolva o direito à defesa deve ser sancionado com nulidade absoluta, tendo em vista que aquilo que o devido processo legal exige é a existência de defesa efetiva, não sendo permitida a convalidação de defesa deficiente, meramente formal ou contemplativa.

Dessa forma, em outras palavras, em alguns casos de defesa meramente formal, há equiparação da deficiência de defesa à ausência de defesa, ainda que o advogado esteja fisicamente presente, pois a defesa não foi efetiva (SILVA, 2010).

É o caso da seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OFERECIMENTO DE CONTRARIEDADE AO LIBELO POR ADVOGADO DATIVO QUE SE DECLAROU SUSPEITO DE EXERCER A DEFESA DO PACIENTE. NULIDADE CONFIGURADA. I - A apresentação de contrariedade ao libelo em termos genéricos, ou até mesmo sua não apresentação, não caracteriza, por si só, nulidade do processo, notadamente porque tal prática pode ser uma estratégia processual da defesa. (Precedentes do Pretório Excelso). II - Contudo, a sua apresentação de forma genérica, por advogado dativo que, logo após, se declara suspeito de patrocinar a defesa do paciente em razão de envolvimento emocional com a causa, traduz inegavelmente hipótese de cerceamento de defesa. III - Todo e qualquer réu, não importa a imputação, tem direito à efetiva defesa no processo penal (art. 261 do CPP e 5º, LV da Carta Magna). O desempenho meramente formal do defensor, em postura contemplativa, caracteriza a insanável ausência de defesa. Ordem concedida. (BRASIL, 2007).

Além do mais, “[...] deve-se levar em consideração a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que ao se permitir uma defesa deficiente se estaria permitindo uma proteção dos direitos fundamentais igualmente deficiente.” (SILVA, 2010, p. 7437).

Por fim, Ana Paula Pinto da Silva conclui sua tese ao expor o seguinte:

Por essa razão, conclui-se que a deficiência de defesa constitui vício insanável por desrespeitar a tipicidade constitucional, não havendo razão para diferenciar ausência de deficiência de defesa devendo ambas serem sancionadas por meio da aplicação de nulidade absoluta, uma vez que se aos direitos e garantias fundamentais devem ser dadas a maior eficácia, a defesa deverá ser plenamente eficaz a fim de conferir ao indivíduo a devida proteção estatal. (SILVA, 2010, p. 7437).

De certa forma, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 781-782) compartilha do mesmo posicionamento ao discorrer sobre o assunto, veja-se:

Deve-se salientar, no entanto, que há casos de deficiência tão grosseira que podem equivaler à ausência de defesa, razão por que deve o juiz zelar pela amplitude de defesa, no processo penal, considerando o réu indefeso e nomeando-lhe outro defensor. Caso não o faça, constitua esta uma nulidade absoluta, inclusive pelo fato de ter infringido preceito constitucional, natural consequência do devido processo legal (no aspecto da ampla defesa).

Sobre a atuação dos magistrados diante da constatação de defesa deficiente, também é o posicionamento a seguir:

[...] devem primar pela efetivação do direito à defesa dos acusados, bem como pela tutela de todos os demais direitos e de todas as garantias asseguradas pelo devido processo legal por meio de uma atuação ativa e aplicação das sanções determinadas por lei. (SILVA, 2010, p. 7438).

Urge esclarecer que, por defesa efetiva, "[...] deve-se entender e exigir a efetiva atuação do defensor em prol dos interesses do acusado, o que poderá ser aferido sempre diante de cada caso concreto, sopesando-se as provas carreadas aos autos pela acusação e a possibilidade real de sua confrontação pela defesa". (OLIVEIRA, 2006, p. 401).

Acerca do prejuízo em sede de deficiência de defesa com relação à atuação do defensor, tem-se o seguinte ensinamento:

É preciso estar atento à seguinte questão: por vezes, será mesmo difícil afirmar a ausência de prejuízo, sobretudo quando o réu tiver sido defendido por defensor *constituído*. Ocorre, porém, que mesmo nesses casos poderá (em tese) haver prejuízo, na exata medida em que a atividade desenvolvida pelo causídico não se revelar eficiente, particularmente no que diz respeito à produção de provas. Com efeito, não é por que o advogado foi escolhido pelo réu que ele deve suportar o peso da má escolha. No entanto, a questão da deficiência de defesa é das mais complexas, pois, em princípio, quem poderá aferir de sua insuficiência, nos termos da Súmula, é a mesma pessoa de quem se espera a alegação da nulidade, isto é, o defensor, na medida em que a matéria somente seria submetida ao órgão jurisdicional por meio de recurso *voluntário*. Ocorre que seria justamente o defensor o responsável técnico pela insuficiência da defesa, parecendo-nos bastante

improvável que ele se disponha a demonstrar a sua atuação deficiente. (OLIVEIRA, 2006, p. 399-400).

Concluindo seu pensamento, Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 400) acaba por ratificar os entendimentos acima citados quanto à atuação dos magistrados frente à deficiência de defesa, conforme adiante transcrito:

Pensamos, por isso, que a citada Súmula n. 523 deve ser entendida como o reconhecimento da possibilidade de o próprio Judiciário reconhecer a deficiência da atuação do defensor, determinando, *ex officio*, a sua substituição ou retificação, nos moldes anteriormente aventados. Estaria assim melhor atendido o princípio da ampla defesa.

Por outro lado, ainda que concorde que a interpretação da Súmula 523 do STF por alguns doutrinadores e pelos tribunais é “tecnicamente inadequada” no trato da deficiência de defesa como nulidade relativa, diferente é a visão de Vinicius Borges de Moraes. Isso porque, ao invés de equiparar a deficiência à ausência, considera a deficiência de defesa uma nulidade absoluta, mas com a necessidade de comprovação do prejuízo (MORAES, 2006).

É o que demonstra o posicionamento a seguir:

[...] é imperativo reconhecer que, quando a súmula 523 estabelece que “*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*”, o faz no sentido de estabelecer uma exceção ao conceito de nulidade absoluta e não de classificar “deficiência de defesa” como nulidade relativa. Em outras palavras, ainda que exclusivamente a partir da estrutura gramatical empregada na redação da súmula 523 do STF, não há conclusão tecnicamente mais adequada (sob o ponto de vista hermenêutico) senão a de considerar que a “deficiência de defesa” é, também, uma nulidade absoluta, embora necessite de prova do prejuízo sofrido. (MORAES, 2006).

Dessa forma, segundo o autor, aplica-se à deficiência de defesa todas as prerrogativas das nulidades absolutas, como a possibilidade de arguição de ofício pelo juiz e em qualquer tempo e grau de jurisdição, por se tratar de matéria de ordem pública, ou seja, refere-se à ampla defesa, preceito constitucional (MORAES, 2006).

Entretanto, a deficiência de defesa afasta-se das nulidades absolutas no que concerne a exigência de prova do prejuízo pelo réu, características das nulidades relativas, estabelecendo-se uma exceção à regra geral (MORAES, 2006).

Com relação à exceção, argumenta Vinicius Borges de Moraes (2006):

Essa exceção, evidentemente, tem um cunho extremamente prático, pois, ao flexibilizar-se o conceito de nulidade absoluta, exigindo-se prova do prejuízo, evitou-se a incoerência de se anular um processo, ante uma infundada alegação de deficiência de defesa. Além disso, parece óbvio que qualquer manifestação jurisdicional acerca da deficiência de determinada defesa somente poderá ser realizada examinado-se o fundamento da arguição.

Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 372) elenca alguns exemplos de casos em que se considera comprovado o prejuízo da deficiência de defesa a partir das decisões judiciais por ele indicadas, a saber:

Pela jurisprudência, está comprovado o prejuízo decorrente da defesa deficiente quando ocorre reiterada omissão, pela ausência de inquirição de testemunhas, formulação de alegações meramente formais, falta de iniciativa de diligências recomendáveis (Nesse sentido: STF: RT 542/438, 548/425, 572/430, 583/468); pelo desempenho simplesmente formal, em postura contemplativa (Nesse sentido: JCAT 74/645; RT 725/459); pelo pedido de condenação quando não há confissão (Nesse sentido: RT 579/395, 620/332); por alegações finais que constituem verdadeiro pedido de condenação (RT 589/353); pela concordância com o pedido de condenação feito pelo Ministério Público (RJDTACRIM 33/80-1); pelo simples pedido de pena branda (RT 558/313, 629/344); por se considerar justa e sábia a decisão condenatória ao arrazoar o recurso; por não se ter requerido cabível exame de insanidade mental; por colidirem a versão apresentada pelo réu de negativa de autoria e única tese formulada pelo defensor, de mera atenuação de responsabilidade.

De maneira geral, fazendo uma recapitulação do tema, vale trazer o entendimento de Aury Lopes Junior (2012, p. 1150) com relação à Súmula 523 do STF, a seguir:

A Súmula n. 523 STF gera uma situação paradoxal, ao afirmar que: *no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prejuízo para o réu*. Não é necessário maior esforço para verificar o erro de considerar que o oposto de *ampla* seria a *falta*. Ora, se a Constituição assegura a “ampla” defesa, sua antítese é a defesa restrita ou deficiente, sendo essa situação causa de nulidade. O que a Súmula do STF diz é: o contrário de “ampla” é “falta” e, portanto, a defesa deficiente ou restrita não viola a garantia constitucional. O equívoco é manifesto, mas infelizmente, a Súmula é constantemente invocada e utilizada por sua própria imperfeição. Ou seja, é um erro que legitima a violação da garantia constitucional.

Assim, após a demonstração da natureza jurídica da ausência de defesa e, principalmente, da deficiência de defesa, a qual despertou diferentes pontos de vista entre os doutrinadores, verificar-se-á abaixo qual é o tratamento dado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina à Súmula 523 do STF.

4.3 DECISÕES DAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

As decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina são reunidas e analisadas na presente pesquisa de acordo com a pertinência temática, ou seja, a aplicação, no caso concreto, da Súmula 523 do STF, e subdividas pela Câmara Criminal em que restou proferida, conforme acórdãos anexos ao final.

Além disso, vale destacar que é utilizado como método de pesquisa o período entre os anos de 2008 a 2013, tendo como objetivo demonstrar o posicionamento dos desembargadores em alguns julgados, sem, contudo, estabelecer-se um entendimento majoritário, conforme se verá a seguir.

4.3.1 Primeira Câmara Criminal

A primeira ementa apresentada para análise trata-se de caso peculiar em que prevaleceu o controle constitucional do processo realizado pelo Judiciário com relação a contação de nulidades insanáveis, demonstrada a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (ART. 171, *CAPUT*, CP), POR 2 (DUAS) VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRELIMINAR. OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA SEM NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PARA O ATÓ PELO MAGISTRADO *A QUO*. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO À ÉPOCA NO ART. 265, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ANTES DAS ALTERAÇÕES PELA LEI N. 11.719/2008). VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LIV E LV, CF). PROVA, DEMAIS, UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA (ART. 564, IV, CPP E SÚMULA 523, STF). RECURSO PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2010b).

No caso em questão, foi reconhecida a nulidade absoluta do processo por ausência de defesa, pois foi ouvida testemunha de acusação, via carta precatória, sem a presença do defensor constituído, ou ao menos, nomeação de um advogado *ad hoc* para a realização do ato.

Os desembargadores entenderam que o vício feria os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e por isso insanável, anulando-se

os autos a partir da audiência de inquirição de referida testemunha, inclusive, com fundamento, principalmente, nos art. 265 e 564, IV, CPP/41 e Súmula 523 STF.

Destaca-se, ainda, que a prova obtida com a inquirição da testemunha foi aquela que fundamentou a condenação do acusado, por isso a importância de ser respeitada a forma legal.

Além do mais, a declaração de nulidade seria possível, ainda que o acusado não alegasse em vias recursais, tampouco em sede de alegações finais, pois pode ser arguida de ofício pelo magistrado.

As próximas decisões referem-se a casos de deficiência de defesa que foram equiparadas à ausência de defesa diante da gravidade do vício, conforme se constata das ementas abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO E DE DESOBEDIÊNCIA (ARTS. 129, § 9º, E 330, CP). RÉU QUE, INTIMADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, MANIFESTA SEU DESEJO DE RECORRER. DÉFENSOR DATIVO QUE APRESENTA RAZÕES RECURSAIS DE CONTEÚDO GENÉRICO E TOTALMENTE DISSOCIADO DO CONTEXTO FÁTICO E JURÍDICO DE QUE TRATAM OS AUTOS. GENERALIDADE TAMBÉM VERIFICADA NA DEFESA PRELIMINAR E NAS ALEGAÇÕES FINAIS. MÚNUS PÚBLICO NÃO CUMPRIDO (ART. 261, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP). AUSÊNCIA DE DEFESA CONFIGURADA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV E LV, CF). NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA DE OFÍCIO (SÚMULA 523, STF, E ART. 564, IV, CPP), A PARTIR DAS ALEGAÇÕES PRELIMINARES, INCLUSIVE. EVENTUAL PROLAÇÃO DE NOVO DECRETO CONDENATÓRIO QUE NÃO PODERÁ AGRAVAR A PENA DO RÉU FIXADA NA SENTENÇA ANULADA, FACE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. POSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA, COM BASE NA REPRIMENDA ANTERIORMENTE IMPOSTA. DECURSO DE PRAZO SUPERIOR AO EXIGIDO (ART. 109, VI, CP) ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DESTE JULGAMENTO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO (ART. 61, CPP), DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA FORMA RETROATIVA. PENA DE MULTA IGUALMENTE ATINGIDA PELA PRESCRIÇÃO (ART. 114, II, CP). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA (ART. 107, IV, CP). (SANTA CATARINA, 2009a).

Esse julgamento ganha destaque pelos vários aspectos que envolveram o reconhecimento da nulidade absoluta, sendo um deles a declaração da prescrição do crime objeto do litígio.

Ressalta-se que foram diversos os vícios constatados na defesa do acusado, iniciando-se pelas razões recursais, que além de mencionar outra pessoa como acusada, referia-se a crime diverso dos autos, até as alegações preliminares,

incluindo-se ainda as alegações finais, as quais, na opinião dos desembargadores, foram realizadas de forma superficial, sem atacar o mérito da acusação.

Logo, entenderam que não era caso simplesmente de deficiência de defesa, mas sim de defesa inexistente, pois esta não atingiu os objetivos do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais, motivo pelo qual reconheceram a nulidade absoluta do processo.

Vale destacar que os desembargadores agiram de ofício, por questão de ordem pública, e anularam o processo a partir das alegações preliminares, inclusive.

Diante do fato de que a declaração da nulidade não interrompe nem suspende o prazo prescricional, os desembargadores reconheceram também de ofício a prescrição da pretensão punitiva do estado de forma retroativa com base na condenação elaborada pelo juiz de primeiro grau.

Isso porque, como foi recurso somente do acusado, a nova sentença a ser proferida não poderia ultrapassar os limites do primeiro julgamento, aplicando-se, para tanto, o princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

Quanto à prescrição, mesma sorte não obteve o seguinte julgamento, veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV, CP). PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI, POR AUSÊNCIA DE DEFESA. ACOLHIMENTO. DEFENSOR QUE NÃO SUSTENTA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA APRESENTADA PELO RÉU DESDE O INÍCIO DAS INVESTIGAÇÕES, INCLUSIVE NO INTERROGATÓRIO EM PLENÁRIO. INOBSERVÂNCIA À PLENITUDE DE DEFESA (ART. 5º, XXXVIII, CF). OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV E LV, CF). NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO RECONHECIDA (SÚMULA 523, STF, E ART. 564, IV, CPP). RECURSO PROVIDO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE O ACUSADO SEJA SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO. (SANTA CATARINA, 2009c).

No caso em apreço, ainda que o advogado do réu estivesse presente na Sessão do Tribunal do Júri, os desembargadores entenderam que atuação do defensor foi apenas formal, considerando uma defesa inexistente, pois não realizada de acordo com os preceitos constitucionais.

Fundamentaram, para tanto, na tese trazida em grau de recurso por outro procurador e presente o tempo todo nas oportunidades de autodefesa do acusado, o qual teria agido em legítima defesa, e tal argumento em nenhum momento foi

levantado pelo defensor anterior em suas oportunidades de manifestação nos autos, tampouco como excludente em plenário.

Dessa forma, os desembargadores anularam o julgamento, determinando a realização de nova sessão pelo Tribunal do Júri, não havendo em se falar de prescrição.

Por fim, salienta-se que as três decisões até aqui citadas são de relatoria do Des. Newton Varella Junior.

4.3.2 Segunda Câmara Criminal

Colhe-se da Segunda Câmara Criminal, como relator do julgado o Des. Sérgio Paladino, a decisão abaixo que reconheceu a ausência de defesa e declarou de ofício a nulidade absoluta apenas com relação a uma acusada, como se passa a demonstrar da leitura da ementa:

APELAÇÕES CRIMINAIS. NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS NO CONCERNENTE À RÉ. SENTENÇA PROLATADA ANTES DO SEU OFERECIMENTO. AUSÊNCIA EVIDENCIADA. EIVA QUE SE DECLARA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523 STF).[...] (SANTA CATARINA, 2009b).

É que a acusada citada, denominada Flávia Renata Marcelino, teve suas alegações finais acostadas aos autos após a prolação da sentença, ainda que protocolizadas tempestivamente, caracterizando a sua ausência de defesa.

Decisão típica de afastamento de nulidade por deficiência de defesa ante a falta de demonstração do prejuízo é a descrita a seguir, tendo como relator Des. Getúlio Corrêa:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES C/C CORRUPÇÃO DE MENOR (ART. 157, § 2º, II, CP E ART. 244-B DO ECA) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRELIMINAR - NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA/DEFICIÊNCIA DE DEFESA - SÚMULA 523 DO STF - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. Nos termos da Súmula 523 do STF, a deficiência de defesa só acarreta a anulação do processo quando demonstrado o prejuízo.[...] (SANTA CATARINA, 2013).

Os desembargadores consideraram que o acusado foi bem representado em toda a marcha processual, atingindo a defesa seu objetivo constitucional.

Isso porque a alegação do advogado de defesa, em grau de recurso, de que as peças apresentadas pelo defensor constituído ao longo do processo foram sucintas, não foi suficiente para a declaração da nulidade, no entendimento dos magistrados.

Igual posicionamento denota-se no julgado abaixo, de relatoria do Des. Sérgio Paladino:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA. ADVOGADO NOMEADO QUE PRATICOU TODOS OS ATOS INERENTES À SUA DEFESA. PEÇAS SUCINTAS QUE NÃO EQUIVALEM À FALTA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 523 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula 523 do STF).[...] (SANTA CATARINA, 2011c).

A defesa alegou, no referido caso, que o paciente estava sofrendo constrangimento ilegal em decorrência do cerceamento do direito de defesa, pois foi representado por defensor dativo que elaborou peças sucintas, além disso, não foi intimado da sentença e do acórdão.

Os desembargadores entenderam, em verdade, que se tratava de caso de deficiência de defesa, com a necessidade de comprovação do prejuízo, o que não foi feito pelo paciente. Além disso, não houve ausência de intimação, pois foram devidamente intimados o paciente e seu defensor.

Destarte, considerou-se que a defesa atendeu os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual a ordem foi denegada.

4.3.3 Terceira Câmara Criminal

A decisão abaixo referida é semelhante à outra julgada pela Primeira Câmara Criminal, já citada neste trabalho, no que concerne a declaração de nulidade absoluta de ofício, anulando-se o processo desde o interrogatório e, por consequência, houve a prescrição do fato, veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PESSOA. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVÍSSIMA (ART. 129, §2º, IV, DO CP). RECURSO DA DEFESA PLEITEANDO A ABSOLVIÇÃO E, SUCESSIVAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO OU PARA O CRIME DE EXERCÍCIO

ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DE NULIDADE ABSOLUTA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NO INQUÉRITO POLICIAL E NÃO INTIMADO PARA O INTERROGATÓRIO E DEMAIS ATOS DO PROCESSO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO DEFENSOR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. ANULAÇÃO DO PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO, INCLUSIVE. PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO DO APELO DEFENSIVO. PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA (ART.617 DO CPP). POSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TENDO EM VISTA A PENA IMPOSTA NA SENTENÇA. DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A QUATRO ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PRESENTE. DECLARAÇÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA FORMA RETROATIVA. (SANTA CATARINA, 2008).

O ponto diferencial é que os desembargadores consideraram caso de cerceamento de defesa, diante do fato de que o advogado constituído, na fase de inquérito policial, não foi intimado para os atos processuais, constituindo-se defensor dativo ao acusado sem lhe possibilitar a escolha de advogado.

Por isso, devido ao cerceamento de defesa, que fere os princípios constitucionais respectivos, foi constatado caso de nulidade insanável e proferida a decisão, que teve como relator o Des. Torres Marques.

Por outro lado, a estratégia de defesa do advogado do acusado, o qual deixou de pedir a absolvição de seu cliente em alegações finais, não pode ser considerada hipótese de defesa deficiente.

Nesse sentido, é o julgado a seguir de relatoria do Des. Moacyr de Moraes Lima Filho:

APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – CERCEAMENTO DE DEFESA – ADVOGADO QUE, EM ALEGAÇÕES FINAIS, LIMITA-SE A POSTULAR A APLICAÇÃO DA PENA EM SEU MÍNIMO LEGAL E O RECONHECIMENTO DE ATENUANTE, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVAS CABAIS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – EXEGESE DO ART. 566 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – EIVA AFASTADA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1 "Não se pode exigir do defensor a busca de um edito absolutório a todo e qualquer custo, ainda mais quando diante de provas irrefutáveis da autoria e materialidade do delito" (TJMG, nrel. Des. Alberto Deodato Neves). 2 "Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo" (STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence). (SANTA CATARINA, 2011a).

Para fundamentar sua decisão, o relator, além de mencionar o princípio do prejuízo previsto no art. 563, CPP/41, o qual, por sinal, o acusado não o demonstrou, argumentou que as alegações finais não influenciariam na busca da verdade substancial nem na decisão da causa (art. 566, CPP), razão por que se afastou a preliminar de deficiência de defesa.

A peça de alegações finais também é motivo de debate preliminar do julgado abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. PROFISSIONAL DATIVO QUE PLEITEOU A ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 523 DO STF. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DEFESA SUCINTA QUE NÃO EQUIVALE À AUSÊNCIA. PREFACIAL RECHAÇADA. MÉRITO. [...] (SANTA CATARINA, 2010a).

De igual maneira, alegou-se nulidade de deficiência de defesa por carência de fundamentação das alegações finais.

O relator do caso, Des. Torres Marques, reconheceu que a peça processual foi elaborada de forma sucinta, mas atendeu aos interesses do acusado, mesmo que o advogado da parte tenha citado jurisprudência da esfera cível. Além disso, ressaltou que não foi comprovado o prejuízo.

4.3.4 Quarta Câmara Criminal

Outro foi o entendimento da Quarta Câmara Criminal com relação às alegações finais sucintas, conforme examinado na decisão a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES (CP, ART. 155, §4º, IV). IRRESIGNAÇÃO DE DOIS RÉUS. PRELIMINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGADA NULIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÕES FINAIS. ARGÜIÇÕES SUCINTAS E SEM OPOSIÇÃO DE RESISTÊNCIA À PRETENSÃO CONDENATÓRIA ESTATAL. CONTROLE DO EFETIVO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. INCUMBÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. MANIFESTA AUSÊNCIA DE DEFESA. SÚMULA 523 DO STF. NULIDADE EVIDENCIADA. EIVA DECRETADA QUANTO AOS RÉUS LUIZ ANTUNES E CLEOCIR LUIZ SEHN. MÉRITO DO APELO PREJUDICADO. RÉU JUCILEI ROQUE DA SILVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU REVEL. AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. PUBLICAÇÃO DE EDITAL. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO. GARANTIA DA AMPLA DEFESA. PROVIDÊNCIA *EX OFFICIO*. [...] (SANTA CATARINA, 2011b).

O próprio Ministério Público arguiu nulidade absoluta em decorrência das alegações finais dos acusados, Cleocir José Sehn e Luiz Antunes, terem sido elaboradas de forma sucinta e sem debater o pleito acusatório.

Isso porque considerou que o vício foi de grave monta, uma verdadeira ausência de defesa, pois feriu os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Os desembargadores acataram o pedido do *Parquet*, tendo como relator do *decisum* o Des. Substituto José Everaldo Silva.

Em sua fundamentação, utilizaram-se de doutrinadores por vezes citados neste trabalho, tais como Aury Lopes Junior, Eugênio Pacelli de Oliveira, Ada Pellegrini Grinover e Guilherme de Souza Nucci.

Em razão disso, concluíram que é dever do Poder Judiciário fiscalizar a observância dos princípios constitucionais no curso processual, principalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, consideraram que as alegações finais são imprescindíveis ao processo, havendo claro prejuízo ao réu se elaboradas de forma deficiente. O prejuízo do réu também foi constatado quando da emissão da sentença em primeiro grau, que repetiu, na íntegra, o pleito condenatório da acusação.

Dessa forma, não foi outra a decisão da Corte senão a declaração da nulidade absoluta, anulando-se o processo até as referidas alegações finais, inclusive.

Acerca do indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas intempestivamente pela defesa, foi o entendimento proferido pelo TJSC no julgado adiante transcrito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL CULPOSA E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE [ARTS. 303 E 306, AMBOS DA LEI N. 9.503/97]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. TESTIGOS NÃO ARROLADOS NO MOMENTO OPORTUNO. NECESSIDADE DA INQUIRÇÃO À CRITÉRIO DO MAGISTRADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 523 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA POR DEFICIÊNCIA DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. DEFESA SUCINTA QUE NÃO SE EQUIPARA À SUA AUSÊNCIA. ATUAÇÃO TEMEROSA DO DEFENSOR DATIVO NÃO DEMONSTRADA. [...] (SANTA CATARINA, 2012a).

Consideraram os desembargadores, que o indeferimento da oitiva de testemunha arrolada fora do prazo legal não caracterizou cerceamento de defesa e, portanto, nulidade ao processo.

Além do mais, por se tratar de nulidade de deficiência de defesa que necessita ser alegada em momento oportuno, argumentaram que a defesa deixou de arguir tal preliminar na primeira oportunidade nos autos, que seria as alegações finais.

Mesmo entendimento manifestaram os desembargadores quanto à atuação do defensor dativo no processo, o qual, segundo o advogado do réu, agiu desidiosamente.

Na opinião da relatora, Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, a defesa se fez presente em todos os atos processuais, por isso, respeitado o princípio da ampla defesa.

Por último, acrescentou que o descontentamento da parte com relação ao seu procurador, deve ser expresso aos órgãos disciplinares competentes.

Dessa forma, diante de todos os argumentos elencados, a decisão da Corte foi pelo afastamento de referidas preliminares.

Nessa trilha, foi a derradeira decisão analisada abaixo:

HABEAS CORPUS. ESTUPROS DE VULNERÁVEIS (ARTIGOS 217-A, C/C 71, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). NEGATIVA DE AUTORIA E AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO E GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO DEFINIDA. MATÉRIAS JÁ ANALISADAS EM IMPETRAÇÃO ANTERIOR. REITERAÇÃO DE PEDIDO. ROL DE TESTEMUNHAS EXTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA PELO SEU INDEFERIMENTO. PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SÚMULA 523 DO STF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRECLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (SANTA CATARINA, 2012b).

O Des. Substituto José Everaldo Silva, relator do remédio constitucional, argumentou em sua decisão que o indeferimento do rol de testemunhas apresentado intempestivamente não caracteriza cerceamento de defesa, como é o entendimento jurisprudencial da Corte catarinense.

Além do mais, a parte não comprovou o prejuízo decorrente de tal indeferimento, conforme determina a Súmula 523 do STF, pois se trata de caso de deficiência de defesa.

Acrescentou, ainda, que o rol de testemunhas deve ser apresentado juntamente com a defesa prévia, precluindo o direito do acusado se assim não o fizer, motivo pelo qual se afastou a nulidade processual, denegando-se a ordem.

Dessa forma, verificou-se os diversos posicionamentos judiciais acerca da Súmula 523 do STF, observando-se alguns casos concretos julgados pelas Câmaras Criminais do TJSC, selecionados pela pertinência da matéria.

5 CONCLUSÃO

Com a elaboração desta pesquisa foi possível constatar a importância que o ordenamento jurídico constitucional desempenha nas interpretações das diversas normas que a ele se subordinam, inclusive a Súmula 523 do STF.

Pode-se dizer que os princípios constitucionais do processo penal estudados no primeiro capítulo são instrumentos de controle da adequação processual e procedimental à Constituição Federal de 1988, pois se tratam de verdadeiras normas e detêm plena eficácia, o que impõe um dever de observância pelos juristas, em especial aos magistrados.

Isso porque são eles, os juízes, que possuem a competência jurisdicional, ou seja, dizer o que é direito ao caso concreto. Além do mais, são os responsáveis pela marcha processual, que deve ser adequada à forma prescrita em lei, sem excesso de formalidades.

Por si só, esses argumentos já são capazes de fornecer indícios acerca do papel do juiz na renovação do sistema de nulidades no processo penal.

Além disso, os estudos acerca dos princípios constitucionais do processo penal possibilitaram concluir que a distinção realizada pela Súmula 523 do STF entre ausência e deficiência de defesa não atende ao princípio da ampla defesa, o qual disciplina que a defesa do acusado deve ser efetiva, o que não ocorre nos casos de defesa deficiente.

Seja porque a Súmula 523 do STF foi elaborada muito antes da vigência da atual Constituição Federal, seja porque exige comprovação do prejuízo em se tratando de deficiência de defesa, é patente a sua desconformidade com os ditames constitucionais.

Com relação à teoria geral das nulidades do processo penal estudadas no segundo capítulo, vale dizer que ela em nada auxilia a aplicação aos casos concretos, na medida em que por vezes a complexidade do tema causa distorção de conceitos e amplia a margem de interpretação da forma que entender o magistrado.

É o que se evidenciou das decisões colhidas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, principalmente quanto à distinção entre ausência de defesa e deficiência de defesa presente na Súmula 523 STF.

Cita-se como exemplo a peça de alegações finais feita de forma sucinta: prevaleceu o entendimento de que é caso de deficiência de defesa. Portanto, para

que seja declarada, existe a necessidade de demonstração do prejuízo, o que não foi feito em nenhum dos casos analisados no terceiro capítulo.

Por outro lado, em apenas um dos casos, as alegações finais foram consideradas de extrema importância para construção da defesa do acusado, equiparando-se, para tanto, à ausência de defesa, pois ferido o princípio constitucional da ampla defesa e contraditório.

Parece que essa é a interpretação mais correta do tema, pois uma defesa deficiente fere os princípios constitucionais tanto quanto a defesa ausente.

Entretanto, houve magistrados que trataram a deficiência de defesa como se nulidade relativa fosse, afastando a sua incidência ao argumento de que não restou comprovado o prejuízo.

Em nenhuma das decisões colecionadas a deficiência de defesa foi tida como nulidade absoluta, tese levantada por um dos doutrinadores citados nesse trabalho, isto é, ou houve casos em que foi equiparada à ausência de defesa ou casos em que foi aplicada como nulidade relativa.

Logo, o tratamento da Súmula 523 do STF demonstrado nas decisões analisadas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto à ausência de defesa e deficiência de defesa, equiparada a ausência, estão compatíveis à Constituição Federal de 1988.

Diferente é a interpretação com relação à deficiência de defesa tida como nulidade relativa pela necessidade de prova do prejuízo, que se afasta dos princípios constitucionais.

Constatada a incompatibilidade, cabe agora responder qual é o papel do juiz na renovação do sistema das nulidades.

O magistrado, através da sua independência funcional, não deve ficar vinculado às leis e às súmulas propriamente ditas, quando estas se afastam do que disciplina a Constituição Federal de 1988. Na verdade, é o juiz que deve resguardar os direitos do acusado no curso processual.

Dessa forma, constatada uma nulidade que comprometa a garantia de um princípio constitucional ao acusado, o vício deve ser considerado de grave monta, como se nulidade absoluta fosse, como é o caso da deficiência de defesa, e declarado de ofício se não arguido pela parte.

Nesse contexto, não há espaços para as relativizações das nulidades absolutas, cada vez mais frequentes nos Tribunais, o que acaba demonstrando certa

resistência para se declarar um vício evidente, seja por economia processual, gastos ao erário, seja para não ocorrer a prescrição do fato e impossibilitar a condenação do acusado.

De maneira geral, a deficiência de defesa prevista na Súmula 523 do STF, fere, além dos preceitos constitucionais, a própria teoria das nulidades do processo, pois, considerando-se como nulidade absoluta, não há necessidade de demonstração do prejuízo.

Nesse aspecto, importante considerar que não há espaço para generalizações, visto que a mera alegação da existência de alguma deficiência de defesa não pode ser suficiente para o juiz declarar o vício.

Toda alegação deve vir acompanhada de comprovação, não do prejuízo, mas da própria existência do vício. O problema consiste no que se considera como deficiente ou não, reportando-se ao exemplo das alegações finais citado acima.

Assim como o prejuízo, a deficiência de defesa não possui um conceito definido, cabendo ao juiz definir seus critérios para constatação de referidos elementos, sempre se baseando na Constituição Federal de 1988.

Logo, diante da complexidade do assunto, além de se constatar a carência de pesquisas nessa matéria, sugere-se cada vez mais a elaboração de novos estudos concernentes ao tema, que reflitam, principalmente, a importância da aplicação dos preceitos constitucionais ao processo penal na parte que trata das nulidades processuais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. **Nulidades no processo penal brasileiro**. Regras gerais do código de processo penal e do projeto 156. A necessária leitura do sistema de invalidades à luz das categorias próprias do processo penal. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Nulidades-no-Processo-Penal-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de setembro de 2013.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> .Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de processo civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> .Acesso em: 22 maio 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 156 de 2009. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/esm/imagens/anteprojetocpp.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 79418, Eliezer Poletine. Relator: Min. Felix Fischer. São Paulo. 11 de setembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=720310&num_registro=200700619450&data=20071119&formato=PDF>. Acesso em: 27 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 42274, José Bonifácio Diniz de Andrada. Relator: Min. Victor Nunes. Distrito Federal. 10 de junho de 1965. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=58278>>. Acesso em: 27 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 523. 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 maio 2014.

BOSCHI, Marcus Vinicius et al. **Código de processo penal comentado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Rio Grande do Sul, ano 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Vinicius Borges de. A Súmula nº 523 do STF e a deficiência de defesa: uma breve análise acerca da nulidade absoluta e nulidade relativa no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8139/a-sumula-n-523-do-stf-e-a-deficiencia-de-defesa>>. Acesso em: 22 maio 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

NASSIF, Aramis. **Considerações sobre nulidades no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2008.056909-6. Relator: Des. Torres Marques. Itapema. 25 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000CK5L0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1291438&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2009.020583-4a. Relator: Des. Newton Varella Júnior. Capital. 14 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DW8L0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2742075&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2009.031594-6b. Relator: Des. Sérgio Paladino. Lauro Müller. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000E7WJ0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1957551&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2009.062834-8c. Relator: Des. Newton Varella Júnior. Sombrio. 13 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000F49F0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2821881&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2010.050654-1a. Relator: Des. Torres Marques. Palhoça. 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000GUOS0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2883223&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2010.077687-0b. Relator: Des. Newton Varella Júnior. Brusque. 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HKME0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5390222&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2011.016682-1a. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Camboriú. 03 de maio de 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000IBD50000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3283404&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2011.084374-1b. Relator: Des. José Everaldo Silva. São Carlos. 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000KCV80000&>

nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4559789&pdf=true>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2012.053969-4a.

Relator: Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Capital. 14 de novembro de 2012. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000MI3N0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5089944&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2013.066706-8.

Relator: Des. Getúlio Corrêa. Capital. 08 de abril de 2014. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PX610000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6736813&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2011.074138-2c.

Relator: Des. Sérgio Paladino. Laguna. 11 de outubro de 2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000K3780000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3863727&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2012.030156-9b.

Relator: Des. José Everaldo Silva. Sombrio. 06 de junho de 2012. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000LZ9Z0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4548673&pdf=true>>. Acesso em: 23 maio 2014.

SILVA, Ana Paula Pinto da. **A natureza jurídica da deficiência de defesa no processo penal**. Fortaleza, Ce: Ufc, 2010. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3212.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2.ed.rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. rev., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2012.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batistas Marques. **Nulidades no processo penal brasileiro**: novo enfoque e comentário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANEXOS

- ANEXO A – Decisões Primeira Câmara Criminal TJSC**
- ANEXO B – Decisões Segunda Câmara Criminal TJSC**
- ANEXO C – Decisões Terceira Câmara Criminal TJSC**
- ANEXO D – Decisões Quarta Câmara Criminal TJSC**