

Jorge Coutinho Paschoal

O PREJUÍZO E AS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIAS

**Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo
Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**

**Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2014**

Copyright © 2014 by Jorge Coutinho Paschoal

Categoria: Direito Processual

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: José Roberto dos Santos Lima

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

P279p

Paschoal, Jorge Coutinho.

O prejuízo e as nulidades processuais penais : um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça / Jorge Coutinho Paschoal. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

xix, 598 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 541-578.

Originalmente apresentada como dissertação do autor (mestrado-Pontifícia Universidade de São Paulo, 2014).

ISBN 978-85-8440-108-6

1. Nulidade (Direito) - Brasil. 2. Processo penal - Brasil. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência. 4. Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Jurisprudência. I. Título.

CDD – 345.8105

SUMÁRIO

PREFÁCIO	1
INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 1.º	
FORMALISMO, PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.	11
1.1. Da importância da matéria em estudo, especialmente em âmbito penal: algumas observações preliminares.	11
1.1.1. Concepções e tratamentos equivocados das nulidades processuais penais.....	12
1.1.1.1. A nulidade não pode ser vista como mero exercício da chicana jurídica.	13
1.1.1.2. Da indevida utilização da nulidade para frear uma persecução necessária e legítima.....	13
1.1.1.3. A teorização das nulidades não pode dar margem ao arbítrio: deve haver um mínimo de certeza quando haverá, ou não, ocorrência de nulidade.	14
1.1.2. Da necessária análise dos institutos processuais penais à luz do direito penal.	16
1.1.3. Do prévio estudo da conformação social e política do Estado e o seu impacto no processo penal, bem como em seus institutos jurídicos.	18
1.2. A formalização do sistema penal e a tutela generalizada de todos os indivíduos.	20
1.2.1. A institucionalização do direito penal para conter a barbárie decorrente de um modelo de “justiça privada”.	20
1.2.2. Direito penal: tutela de todos, não só do ofendido, mas também do ofensor.	23
1.2.3. Direito penal: “um luxo próprio das sociedades evoluídas”.....	29
1.2.4. Legalidade dos delitos e penas: repercussões no modo de ser do processo.	31

1.3. Da importância e necessidade de um regramento mínimo de toda e qualquer persecução penal, ante o monopólio do poder punitivo.....	34
1.3.1. Das formas processuais.....	35
1.3.1.1. Da forma em sentido estrito.	36
1.3.1.2. Da forma em sentido amplo (ou formalismo)	37
1.3.2. Das funções do formalismo processual.	38
1.3.2.1. Delimitação das condutas, dos direitos e dos deveres dos sujeitos processuais.	38
1.3.2.2. Organização, celeridade e objetividade do procedimento, em prol de uma melhor e mais profícua busca da verdade.....	39
1.3.2.3. Garantia do contraditório e da imparcialidade e legitimidade do julgador.	41
1.3.2.4. Tratamento mais isonômico na aplicação de todas as questões de direito (tanto as formais quanto às referentes ao mérito da demanda).	42
1.3.2.5. Função política: o respeito às formas dá legitimidade às decisões proferidas e possibilita a confiança dos cidadãos na sua justiça e em sua correção.....	43
1.3.3. Das disfunções do formalismo processual: as (de)formas do sistema.	44
1.3.4. Síntese: da irrenunciabilidade da forma e da imprescindibilidade da adoção de um formalismo valorativamente útil.....	48
1.4. Dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais: o preenchimento do vazio das formas jurídicas.	53
1.4.1. Breve perspectiva histórica quanto à conscientização, evolução e afirmação dos direitos humanos e direitos fundamentais.	56
1.4.2. Os direitos fundamentais e sua compreensão hoje.	68
1.4.2.1. As gerações de direitos.	70
1.4.2.1.1. Os direitos de primeira, de segunda e de terceira geração..	71
1.4.2.2. Os direitos fundamentais: observações a respeito do direito a prestações e a omissões por parte do Estado.....	73
1.4.2.3. Visão liberal dos direitos fundamentais: ao se proteger o indivíduo, protege-se a sociedade, e não o inverso.	75
1.5. Processo penal e o modelo de legalidade estrita.	82
1.5.1. O modelo de Luigi Ferrajoli.....	82
1.5.2. O processo penal e a irrenunciável busca pela verdade.....	83

1.5.3. As nulidades e as garantias para uma melhor apreensão da verdade.	93
---	----

CAPÍTULO 2

AS NULIDADES NA TEORIA GERAL DO DIREITO.	99
---	----

2.1. Primeiras observações quanto ao estudo das nulidades fora e dentro do processo.	99
2.1.1. Algumas observações preliminares.....	102
2.2. Dos fatos jurídicos.	103
2.2.1. Classificação dos fatos jurídicos (fatos jurídicos em sentido amplo).....	106
2.2.1.1. Dos fatos jurídicos em sentido estrito.	106
2.2.1.2. Dos atos jurídicos (em sentido amplo).....	108
2.2.1.2.1. Ato jurídico em sentido estrito.	109
2.2.1.2.2. Negócios jurídicos	110
2.3. Planos da eficácia dos atos jurídicos: existência, validade e eficácia <i>stricto sensu</i>	111
2.3.1. A existência jurídica do fato.	111
2.3.2. A validade do fato jurídico.	112
2.3.2.1. Não se discute a validade dos fatos jurídicos em sentido estrito.	113
2.3.3. A eficácia em sentido estrito do fato jurídico.	114
2.4. Estudo dos vícios incidentes dos atos jurídicos.	115
2.4.1. Inexistência jurídica: ausência de elementos constitutivos para que o ato seja juridicamente reconhecível.	115
2.4.1.1. Dificuldades teóricas e práticas quanto ao instituto da inexistência jurídica.	118
2.4.2. Invalidez do ato jurídico: ausência dos requisitos para sua validade.	123
2.4.2.1. Visão geral do assunto.	123
2.4.2.1.1. Os requisitos de validade dos atos jurídicos.....	123
2.4.2.1.2. Tipos de nulidades no direito civil.....	125
2.4.2.1.3. Observações críticas ao modelo de nulidades instituído no direito civil.	129
2.4.3. Ineficácia em sentido estrito: ausência dos fatores de eficácia dos atos.	131

CAPÍTULO 3

AS NULIDADES DENTRO DO DIREITO PROCESSUAL:

UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO	133
3.1. Dos fatos jurídicos processuais.....	134
3.1.1. Amplitude e alcance do conceito de fato jurídico processual.....	134
3.1.2. Classificação dos fatos jurídicos processuais (em sentido amplo). .	136
3.1.2.1. Fatos jurídicos processuais em sentido estrito.....	136
3.1.2.1.1. Fatos jurídicos processuais em sentido estrito: breves considerações quanto aos encontros fortuitos no processo penal.	137
3.1.2.2. Atos jurídicos processuais.....	140
3.1.2.2.1. Atos jurídicos processuais em sentido estrito.	140
3.1.2.2.2. Negócios jurídicos processuais.....	140
3.2. Análise isolada e conjunta do(s) ato(s) jurídico(s) processual(is).....	146
3.2.1. Estudo estático do ato jurídico processual.....	147
3.2.1.1. Tentativa de delimitação entre os “elementos constitutivos” para a existência jurídica do ato processual e seus “requisitos” de validade.....	148
3.3. Estudo dinâmico do ato processual.	159
3.3.1. Importância do estudo dinâmico do processo para a matéria das nulidades.	159
3.3.2. Pressupostos processuais.....	160
3.3.2.1. A divisão dos pressupostos processuais.....	160
3.3.2.2. Dos pressupostos de existência e validade.	161
3.3.2.2.1. Juiz investido de jurisdição: o único pressuposto de existência no processo	162
3.3.2.2.2. Dos pressupostos de validade do processo.	163
3.3.2.2.2.1. Necessidade de demanda de parte.	163
3.3.2.2.2.2. Aptidão da petição inicial (ausência de inépcia da inicial acusatória).	165
3.3.2.2.2.3. Capacidade de ser parte e de estar em juízo (capacidade processual).....	170
3.3.2.2.2.4. Capacidade postulatória.....	172
3.3.2.2.2.5. Competência e imparcialidade do magistrado.	177

3.3.2.2.6. Motivação idônea no ato decisório que recebe ou rejeita a acusação.....	185
3.3.2.2.7. A citação regular.....	188
3.3.2.2.8. Da originalidade da demanda: ou melhor, da ausência dos pressupostos processuais negativos (litispêndência e coisa julgada).....	190
3.3.3. As condições da ação.....	193
3.3.3.1. O direito de ação é condicionado, mas o direito ao processo não é.....	194
3.3.3.2. As condições da ação penal: anotações gerais.....	195
3.3.3.2.1. A possibilidade jurídica do pedido.....	196
3.3.3.2.2. Interesse de agir.....	199
3.3.3.2.2.1. O interesse-necessidade.....	200
3.3.3.2.2.2. O interesse-utilidade.....	200
3.3.3.2.2.3. O interesse-adequação.....	203
3.3.3.2.3. A legitimidade no processo penal.....	205
3.3.3.2.3.1. Legitimidade ativa.....	205
3.3.3.2.3.2. Legitimidade passiva.....	209
3.3.4. Consequências jurídicas do desatendimento dos pressupostos processuais e do preenchimento das condições da ação penal.....	210
3.3.4.1. As consequências quanto o desatendimento dos pressupostos processuais.....	211
3.3.4.2. As consequências da falta de preenchimento das condições da ação penal.....	212
3.3.5. Últimas considerações sobre o aspecto dinâmico do ato processual: as principais teorias sobre a natureza do processo e sua relação com o sistema de invalidades.....	214
3.3.5.1. As teorias da relação jurídica e da situação jurídica.....	214
3.3.5.2. O impacto dessas teorias no sistema de direitos e garantias e na estruturação da teoria das invalidades processuais.....	219
3.4. Teorização das nulidades no processo penal.....	221
3.4.1. Panorama geral.....	221
3.4.2. A nulidade não pode ser equiparada ao vício de forma: hipóteses de defeitos formais que não estão sujeitos ao regime das nulidades.....	227
3.4.2.1. As irregularidades.....	227

3.4.2.2. Da ausência de pedido condenatório expresso na ação penal de iniciativa privada: vício formal que acarreta a preempção..	231
3.4.2.3. A extrapolação do prazo razoável da persecução penal.....	232
3.4.3. Os contornos entre as nulidades e as invalidades.....	235
3.4.3.1. Do equívoco na utilização ampla do conceito de nulidade: a desnecessidade em dividi-la em nulidade de forma e de fundo.	236
3.4.3.2. Nulidade: uma invalidade com um regime jurídico mais específico.	237
3.4.4. O reconhecimento das nulidades no direito processual: necessidade de decisão jurisdicional.	238
3.4.5. Natureza jurídica da decisão que reconhece a nulidade processual.	239
3.4.6. Natureza jurídica da nulidade: sanção processual.	242
3.4.6.1. Breves anotações quanto às demais sanções dentro do processo: repercussões no sistema de nulidades processuais. ...	252
3.4.6.1.1. A utilização da conduta desleal (má fé) para não reconhecer a nulidade.	253
3.4.7. Da correspondência entre a (in) validade (nulidade) e a (in) eficácia jurídica.....	256
3.4.7.1. Da relação entre invalidade e (in) eficácia no processo penal.....	259
3.4.7.1.1. Das excepcionais hipóteses de atos inválidos, porém <i>eventualmente</i> eficazes.....	259
3.4.7.1.1.1. <i>Ne reformatio in pejus</i> : exemplo de sentença nula e eventualmente eficaz.....	259
3.4.7.1.1.2. Hipóteses de prisões inválidas: a possibilidade de eficácia jurídica, nem que seja para fins de detração penal.....	260
3.4.7.1.1.3. Demais hipóteses de atos inválidos, mas “eficazes”. ..	261
3.4.7.1.2. Dos equivocados exemplos de atos inválidos e eficazes. ...	262
3.4.7.1.3. Conclusão parcial: o ato processual inválido é, em regra, ineficaz.....	263
3.4.7.2. Do relacionamento entre validade e (in)eficácia jurídica no processo.	264

3.4.7.2.1. Das <i>supostas</i> (pseudo) hipótese de atos válidos, porém ineficazes.	266
3.4.7.2.1.1. Do equivocado exemplo da sentença condenatória sujeita a recurso.	266
3.4.7.2.1.2. Do igualmente errôneo exemplo da sentença estrangeira.	267
3.4.7.2.1.3. As sentenças sujeitas a “recurso de ofício”: outra falsa hipótese de ato válido, porém ineficaz.	267
3.4.7.2.2. Conclusão: o ato jurídico processual válido é, em regra, igualmente eficaz.	268
3.5. Das nulidades, sua conceituação e os institutos jurídicos afins.	269
3.5.1. As nulidades, as provas ilícitas e a teoria da inexistência jurídica.	270
3.5.2. Do relacionamento entre as nulidades e as provas ilícitas.	270
3.5.2.1. Provas ilícitas: ancoragem constitucional.	271
3.5.2.2. Provas ilícitas: ancoragem teórica.	271
3.5.2.3. Provas ilícitas: definição doutrinária.	272
3.5.2.4. Diferenciação tradicional das conseqüências do reconhecimento das provas ilícitas (inadmissibilidade) e das provas ilegítimas (nulidade).	274
3.5.2.5. Algumas dificuldades na distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.	275
3.5.2.6. Das razões de ordem prática e teórica para um tratamento unificado entre a nulidade (prova ilegítima) e a prova ilícita.	278
3.5.3. Do relacionamento entre as nulidades e a inexistência jurídica. ...	285
3.5.3.1. Origem da teoria da inexistência jurídica: uma necessidade prática para fazer frente à ausência de previsão de nulidade. .	285
3.5.3.2. Da confusão entre o instituto da inexistência jurídica e da nulidade.	286
3.5.3.3. Da desnecessidade da manutenção do instituto da inexistência jurídica e da conveniência de sua leitura entre as invalidades jurídicas.	291
3.5.3.3.1. Da artificialidade, incongruência e inconstitucionalidade da teorização de que seria desnecessária decisão jurisdicional reconhecendo a inexistência jurídica.	292

3.5.3.3.2. Do impacto negativo no sistema de direitos e garantias fundamentais.	294
3.5.3.3.3. Da desnecessidade prática em se trabalhar com a inexistência jurídica no direito processual penal.	299
3.6. Do (s) princípio (s) aplicável (is) à matéria de nulidades processuais.	302
3.6.1. O princípio da instrumentalidade das formas: a sua importância para a tutela de todos os envolvidos e interessados. ..	303
3.6.1.1. O Prejuízo.	315
3.6.1.1.1. Os sistemas de nulidades e a análise do prejuízo: a fase formalista e os sistemas taxativo, judicial e misto (ou intermediário).	320
3.6.1.1.2. O prejuízo e a gravidade dos vícios processuais sujeitos às nulidades.	325
3.6.1.1.3. As nulidades processuais e a sua divisão.	326
3.6.1.1.3.1. Divisão tripartida dos vícios sujeitos à anulação: a nulidade absoluta, relativa e as anulabilidades.	326
3.6.1.1.3.2. Divisão bipartida: nulidades de ordem absoluta e relativa.	329
3.6.1.1.3.2.1. O critério da violação do interesse público: tradicionalmente eleito o divisor de águas para separar a nulidade absoluta da relativa.	329
3.6.1.1.3.2.1.1. Da dificuldade em se trabalhar com o critério da violação da ordem pública para a distinção entre nulidades absolutas e relativas no processo penal.	334
3.6.1.1.3.2.2. O critério da vulneração dos direitos e garantias fundamentais.	338
3.6.1.1.4. O prejuízo é sempre presumido em qualquer nulidade e a distinção entre nulidade absoluta e relativa deve estar na lei, apenas para fins de preclusão.	343
3.6.1.2. A(s) causa(s) de saneamento dos vícios processuais: a nulidade e a preclusão.	346
3.6.1.3. Dos demais norteamentos que conformam a matéria de nulidades processuais.	350

CAPÍTULO 4

NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS: UMA ANÁLISE LEGAL..... 353

4.1. Da análise da legislação brasileira aplicável às nulidades processuais penais.....	353
4.2. O Código de Processo Penal de 1941: panorama geral.....	356
4.3. A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal e as nulidades.....	360
4.4. O Código de Processo Penal e as nulidades processuais penais.....	363
4.4.1. O tratamento do prejuízo no Código de Processo Penal.....	364
4.4.2. O rol de vícios do artigo 564, do Código de Processo penal: das condições e dos vícios que dão ensejo ao reconhecimento da nulidade.....	375
4.4.3. O Código de Processo Penal, as nulidades, os vícios de forma e de conteúdo e os tipos de equívocos sujeitos à anulação (error in judicando e error in procedendo).....	389
4.4.4. As hipóteses de saneamento/convalidação dos atos imperfeitos sujeitos à sanção de nulidade.....	394
4.4.4.1. Impossibilidade de saneamento do vício da denúncia ou queixa.....	395
4.4.4.2. Da suposta hipótese de saneamento dos vícios de citação, intimação ou notificação.....	396
4.4.4.3. Das hipóteses genéricas de saneamento dos atos sujeitos à nulidade.....	398
4.4.4.3.1. O que deve se entender por sanabilidade do vício?.....	398
4.4.4.3.2. A ausência de prejuízo não é uma causa saneadora do vício.....	399
4.4.4.3.3. A preclusão é a única hipótese de saneamento dos vícios processuais: (i) da falta de alegação oportuna de nulidade e da (ii) falta de reiteração do pedido quanto o reconhecimento da nulidade na outra instância.....	401
4.4.4.3.4. A divisão das nulidades em nulidades relativas e absolutas no Código de Processo Penal vigente.....	402
4.4.4.3.4.1. As nulidades relativas.....	403

4.4.4.3.4.1.1. Os prazos preclusivos para alegar as nulidades relativas.....	405
4.4.4.3.4.2. As nulidades absolutas.....	407
4.4.4.3.4.2.1. Todos os vícios relacionados à prova (produção ou mesmo obtenção da prova) são insanáveis, por se sujeitarem ao regime das provas ilícitas.....	409
4.4.5. Regime das nulidades processuais.....	410
4.4.5.1. A causalidade.....	410
4.4.6. Meios de impugnação para reconhecer a nulidade no processo penal.....	413
4.5. Questões controvertidas e problemáticas no tratamento das nulidades processuais penais.....	416
4.5.1. A possibilidade de se desconsiderar a nulidade quando o julgamento for mais favorável ao acusado, a condenação em segunda instância e a súmula 160, do STF: “uma combinação inconciliável”.....	416
4.5.2. A nulidade e as investigações preliminares em sede penal.....	421

CAPÍTULO 5

O PREJUÍZO E AS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS:

ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....

5.1. A necessidade de se aliar o estudo do direito à jurisprudência.....	428
5.2. A preocupante falta de sistematização jurisprudencial.....	429
5.3. Metodologia utilizada no estudo da jurisprudência.....	431
5.4. Divisão do presente capítulo.....	432
5.5. Análise de algumas hipóteses de nulidades processuais penais e sua interpretação nos Tribunais Superiores.....	432
5.5.1. A ausência de oportunidade e/ou de apresentação das defesas preliminares.....	433
5.5.1.1. Ausência de defesa preliminar nos crimes da Lei de Drogas...433	
5.5.1.2. Ausência de defesa preliminar nos procedimentos dos funcionários públicos.....	447
5.5.2. A decisão de recebimento da acusação.....	455
5.5.3. Citação.....	458

5.5.3.1. Citação pessoal.	458
5.5.3.2. Citação editalícia.	460
5.5.4. Competência.	468
5.5.4.1. Fixação da competência por prevenção.....	468
5.5.4.2. Julgamento por Câmaras formadas majoritariamente por juízes de primeiro grau.	470
5.5.4.3. Impedimento.	476
5.5.4.4. Identidade física do juiz.	480
5.5.5. Presença do advogado na audiência.	484
5.5.6. Inversão na oitiva das perguntas do artigo 212, CPP.	487
5.5.7. Interrogatório	495
5.5.7.1. Direito de entrevista reservada entre advogado e acusado.	495
5.5.7.2. Interrogatório: necessidade de defensor na prática do ato.	496
5.5.7.3. Interrogatório e corréus.	498
5.5.7.4. Interrogatório realizado muito próximo à citação.	503
5.5.8. Alegações finais.....	505
5.5.9. Sentença.....	508
5.5.9.1. Fundamentação.	508
5.5.10. Recursos.....	512
5.5.11. Intimações.	516
5.5.11.1. Intimação e carta precatória.....	520
5.5.11.2. Intimação pessoal de defensor público e defensor dativo.....	524
CONCLUSÕES	529
BIBLIOGRAFIA	541