

ADA PELLEGRINI GRINOVER  
ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO  
ANTONIO SCARANÇE FERNANDES

# AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

12.<sup>a</sup> edição  
revista e atualizada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Grinover, Ada Pellegrini

As nulidades no processo penal / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Bibliografia

ISBN 978-85-203-3943-5

1. Nulidades (Direito) 2. Nulidades (Direito) – Brasil I. Gomes Filho, Antonio Magalhães. II. Fernandes, Antonio Scarance. III. Título.

10-14236

CDU- 343.154(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Nulidades : Processo penal : Direito 343.154(81)

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Nessa linha – nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência – é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.

Assim, inúmeros julgados, sem indagar a respeito do prejuízo, reconhecem a nulidade absoluta em casos como: inépcia da denúncia ou queixa (STJ, HC 66.195-RJ, j. 26.08.2008); ausência ou irregularidade de citação, não sanadas pelo comparecimento do réu (TACrimSP, JTACrim 28/31, 44/75, 52/272 e 65/349; RT 489/380, STJ, HC 91.210-PR, j. 21.02.2208); colidência de defesas (RT 217/78, 302/447 e 357/375; RTJ 32/49 e 42/804; STF, HC 91.946-4-RJ, j. 11.12.2007); falta ou inépcia de alegações finais (RT 511/320; JTACrim 71/295); falta ou inépcia das razões de recurso (TACrimSP, Ap. 264.491, *O processo constitucional em marcha*).

Lembre-se, ainda, que o art. 497, V, do CPP, ao cuidar do problema do réu indefeso, é considerado aplicável a qualquer tipo de procedimento: v. Acórdãos 48 a 50 do TACrimSP, *O processo constitucional em marcha* (Ap. 336.099, Ap. 330.705 e Ap. 279.843).

Também em relação à autodefesa, diversos acórdãos, salientando a existência, ao lado da defesa técnica, da autodefesa, consistindo na presença do acusado aos atos processuais, consideram seu desrespeito como causa de nulidade absoluta: STF, RTJ 46/653, 95/1.070, 79/110, 64/332, 80/37, HC 88.914-0-SP, j. 14.08.2007; STJ, HC 83.513-MS, j. 09.08.2007, HC 69.838-PI, j. 28.05.2008; TACrimSP, JTACrim 53/190, 65/224, 70/100, 73/57 e 339; RT 489/380.

Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, a, c, e, g, l, o, do CPP).

Em outros casos, porém, nos termos da Súmula 523 do STF, depende a nulidade da comprovação do prejuízo: assim ocorre com a falta ou inépcia das razões de recurso, a falta de prova do alibi referido pelo acusado, a ausência do curador (ver *O processo constitucional em marcha*, Acórdãos 59 a 68; TACrimSP, Ap. 264.491, Ap. 266.023, Ap. 318.713, Ap. 299.561, Ap. 315.087, Ap. 348.153-1, Ap. 342.389, Ap. 347.993-6, Ap. 271.835 e Ap. 83.404).

Em decisão de 18.06.2002, a 1.<sup>a</sup> Turma do STF assentou: “Não há falar em deficiência de defesa técnica realizada por advogado dativo que apresentou defesa prévia, ainda que lacônica, e compareceu aos depoimentos das testemunhas, sem realizar perguntas. Somente acarretará nulidade da defesa se houver prova de prejuízo para o réu, o que, *in casu*, não foi demonstrado” (HC 81.353-4-RJ, rel. Ellen Gracie, RT 812/477).

É que, nesses casos, o vício ou inexistência do ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza,

dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo.

##### 5. O interrogatório como autodefesa. O direito ao silêncio

Consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como o considerava o Código de Processo Penal de 1941, antes da Lei 10.792/2003) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão.

É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório –, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*.

E mais: diante da garantia maior do *nemo tenetur se ipsum accusare*, o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova.

Por isso, não é razoável exigir-se a cooperação do acusado para a obtenção de quaisquer provas incriminadoras. No Brasil, o STF tem proclamado a inadmissibilidade de compeli-lo a fornecer material gráfico (HC 77.135-8, rel. Ilmar Galvão, RT 760/542), participar de reprodução simulada dos fatos (HC 69.026-DF, rel. Celso de Mello, DJU 04.09.1992, RTJ 142/855) e também a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial de confronto de voz em gravação de escuta telefônica (HC 83.096-RJ, rel. Ellen Gracie, *Informativo* 330, do STF).

Assim, mesmo que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder. A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.

Por isso, a Constituição de 1988, no inc. LXIII do art. 5.<sup>o</sup>, assegura: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Sobre o direito ao silêncio, v. também a Convenção Americana, art. 8.<sup>o</sup>, n. 2, g: *retro*, n. 2.

A primeira observação é a de que, aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são

asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode, nem quer dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa, que é o interrogatório.

Em segundo lugar, deve observar-se que a Constituição prevê a possibilidade de assistência do advogado, seja no momento da prisão, seja — pela mesma extensão — no momento do interrogatório (policial ou judicial), para que haja a interação entre defesa técnica e autodefesa.

Por último, com a exigência de informação sobre a faculdade de silenciar, a Constituição confere a esta a roupagem de verdadeiro direito, que há de ser livre e conscientemente exercido.

O STF também já considerou inadmissível como prova incriminadora gravação de *conversa informal* do indiciado com policiais, sublinhando que a falta de advertência sobre o direito ao silêncio faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado (STF, HC 80.949-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, RTJ 180/1.001). Assim também decidiu o STJ: “caracteriza prova ilícita o depoimento prestado por Delegado de Polícia, relativamente a *conversa informal* que manteve com o indiciado, na fase inquisitorial” (HC 32.056, rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 13.04.2004).

V., adiante, cap. IX, Seção VI, n. 7.

## 6. O direito ao silêncio e seu pleno exercício

O silêncio do acusado, na ótica da Constituição, assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento.

Estamos nos referindo, evidentemente, ao verdadeiro interrogatório, enquanto autodefesa: ou seja, ao denominado “interrogatório de mérito”. As perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva. O art. 187 e seus parágrafos, do CPP, na redação dada pela Lei 10.792/2003, traçam bem essa distinção, assentando que o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

Por isso, correta a radical alteração do texto original do art. 186 do CPP, na parte em que determinava que o juiz, ao informar o acusado sobre sua faculdade de não responder às perguntas formuladas, deveria adverti-lo de que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa. A partir da Lei 10.792/2003, o juiz deve simplesmente informar ao acusado sobre o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, sem qualquer ressalva.

Pela mesma razão, nenhuma eficácia pode se atribuída ao art. 198 do CPP (“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação de convencimento do juiz”), não alterado pela Lei 10.792/2003.

Tudo dentro da inafastável convicção de que não pode haver pressões ou sanções que limitem o pleno exercício de um direito constitucional.

O que se disse também se aplica ao interrogatório policial, seja por força do disposto no inc. LXIII do art. 5.º da Constituição, seja pela referência do art. 6.º V, do CPP, ao cap. III do Título VII do Livro I do mesmo Código.

## 7. Infringência ao direito ao silêncio. Consequências

Neste ponto, o vício maior do interrogatório é a falta de informação sobre o direito de o indiciado ou acusado permanecer calado. A doutrina estrangeira, há mais tempo afeita à garantia do pleno direito ao silêncio, assentou que o interrogatório do acusado ou mesmo suas declarações espontâneas perante o órgão estatal somente são válidos desde que tenha havido informação sobre a faculdade de calar. Nem pode ser diversamente, sob pena de restringir o direito ao silêncio e a correspondente informação a meras formulas, vazias de conteúdo.

Resulta daí que a ausência de informação implica nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões: a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou no sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos.

Mesmo neste último caso, porém, o vício transmite-se às provas derivadas (ou seja, às provas *contra rem* por este indicadas no interrogatório irregular), invalidando-as também: exatamente como ocorre com o interrogatório prestado sob coação ou sevícias. Ver, sobre as provas ilícitas por derivação, cap. IX, seção II, n. 10.

No julgamento do HC 78.708-SP, a 1.ª Turma do STF assentou expressamente que, “em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera etivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como as provas derivadas”, todavia, no caso tratado, a Suprema Corte não reconheceu a nulidade, ressaltando que, “em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio — que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de

sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la; a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito de manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito” (RT 168/977).

Mas, na hipótese de ser o interrogatório essencial para a validade de outro ato processual (como ocorre, por exemplo, com a prisão em flagrante: art. 304 do CPP), não há dúvidas de que a nulidade se comunicará em qualquer caso ao ato processual embasado no interrogatório viciado.

O STJ decidiu, entretanto, que a omissão quanto à informação de que o preso podia permanecer calado não é motivo de nulidade do auto da prisão em flagrante (HC 1.452-1-CO, DJU 21.09.1992, p. 15.699).

Mais uma observação: é possível que, apesar da inexistência de informação sobre o direito de calar, o indiciado ou réu não tenha respondido às perguntas, ou que, mesmo respondendo, tenha negado os fatos imputados. Neste caso, em que não emergiram do interrogatório elementos contra o réu, não há por que declarar a nulidade, uma vez que a autodefesa não ficou prejudicada, nem a defesa afetada.

### 3. A presença do defensor no interrogatório

Como visto, a Constituição assegura, ao preso (*reclusus*, ao acusado), juntamente com o direito ao silêncio, a assistência da família e do advogado (art. 5.º, XIII). Está prevista, assim, a possibilidade de assistência de advogado, seja no momento da prisão, seja – pela extensão já examinada – no do interrogatório.

Mas a Lei 10.792/2003 foi além, exigindo a presença do defensor no interrogatório. Com efeito, estabelece o novo art. 185, *caput*, do CPP: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado” (grifo nosso).

No julgamento do HC 44.417-MS, a 5.ª Turma do STJ reconheceu haver nulidade absoluta pela ausência do defensor no interrogatório, sublinhando tratar-se de formalidade essencial ligada aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal (rel. Ministra Laurita Vaz, j. 15.09.2005, DJU 10.10.2005, p. 407). Nos embargos de declaração do HC 39.430-DF, a mesma Turma foi além, determinando o desentranhamento do interrogatório realizado sem a presença do defensor, dos atos decisórios realizados a partir de então, bem como de todos os atos processuais em que houvesse referência expressa ao interrogatório anulado (rel. Laurita Vaz, j. 15.12.2005, DJU 06.02.2006, p. 289). No mesmo sentido, STF, RHC 87.172-1-CO, j. 15.12.2005; STJ HC 83.513-MS, j. 29.08.2007, HC 73.179-DF, j. 18.6.2007.

A partir da Lei 11.719/2008, que alterou os procedimentos, serão certamente mais raras as situações de ausência do defensor no interrogatório, pois na nova sistemática o interrogatório é realizado ao final da audiência de instrução, à qual

deve estar necessariamente presente o defensor do acusado.

Mas é evidente que não basta a presença do defensor ao longo do interrogatório. Há que se assegurar, antes de sua realização, o prévio contato do defensor com o acusado. É o que ficou expressamente assegurado pelo § 5.º, do artigo 185, introduzido pela Lei 11.900/2009: “Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”. Fez bem o legislador, pois, com a nova disposição, deixou assentado que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que autodefesa e defesa técnica se integrem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplici configuração.

Como anotado (*supra*, n. 3), o STF já reconheceu antes da Lei 11.900/2009, a nulidade por cerceamento de defesa em situação em que a ré, presa em São Paulo e respondendo a processo no Rio de Janeiro, viu-se impossibilitada de entrevistar-se com a defensora pública nomeada no juízo da causa. Ficou então sublinhado que a falta de recursos materiais a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal é inadmissível, na medida em que implica disparidade dos meios de manifestação entre a acusação e a defesa, com graves reflexos em um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade (STF, HC 85.200-9/RJ, rel. Min. Eros Grau, j. 08.11.2005, DJU 03.02.2006).

Observe-se que com a nova sistemática dos procedimentos, introduzida pela Lei 11.719/2008, o contato entre acusado e defensor deve anteceder à audiência de instrução e julgamento, pois o interrogatório é o último ato da audiência (art. 400, *caput*, do CPP, com a nova redação). O estatuído pelo referido § 5.º do art. 185 constitui consagração legal do que expressamente era assegurado pelo art. 8.º, 2.ª d, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual prevê o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor” (grifo nosso).

Também pela necessidade de entrevista prévia do acusado com o seu defensor, não é possível a atuação de um único defensor nos interrogatórios de dois ou mais corréus, quando as defesas são colidentes. Nesse sentido, TJRS, Ap. 70011077534, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 06.04.2005, RT 836/632.

### 8a. As perguntas das partes no interrogatório

Mais uma importante inovação da Lei 10.792/2003: o novo art. 188 do CPP prescreve: “Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.