

NULIDADES NO PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DE CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Antonio Tovo Loureiro
Salo de Carvalho

INTRODUÇÃO

O presente artigo parte de análise da teoria e aplicação das nulidades no processo penal brasileiro. O pressuposto da investigação é o de que um dos pontos-chave para o incremento/obstrução da acusatoriedade no sistema processual brasileiro encontra-se no sistema de nulidades. A inquisitorialidade ínsita ao sistema permite que atos processuais em desconformidade com os preceitos constitucionais surtam efeitos como se válidos fossem.

O campo das nulidades processuais está vinculado à verificação da conformidade do ato processual com a estrutura constitucional do ordenamento jurídico. Se determinado ato extrapola os limites impostos pelo arcabouço normativo-constitucional que o sedimenta, deve ter seus efeitos coibidos. Caso contrário sua legitimidade se esvaziará, atingindo a forma de puro exercício de poder de coação direta.

Cumprir papel central nesta análise o *formalismo judicial*, referencial meta-teórico dos magistrados brasileiros o qual determinará importantes conseqüências no sistema de nulidades. Além da análise do formalismo, a crítica do modelo inquisitorial consiste ferramenta da pesquisa. A sustentação teórica do trabalho está, portanto, no mapeamento destas ideologias que se plasmam no caldo cultural dos magistrados, ocultando-se sob o aparentemente insípido discurso técnico da forma processual.

Com o intuito de traçar os paralelos entre o caldo de cultura judicial e suas conseqüências na rotina forense, optou-se por ir além de mera revisão bibliográfica

· O presente artigo é resultado de pesquisa realizada no Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, o qual resultou em Dissertação defendida pelo autor principal, orientada pelo co-autor, no primeiro semestre de 2008.

· Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2008). Advogado.

· Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor Titular de Direito Penal (Graduação) e Criminologia (Mestrado em Ciências Criminais) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.

– vício da pesquisa jurídica – e buscar na pesquisa de campo elementos que viessem a confirmar ou ilidir as premissas da investigação. Ao escapar das limitações apresentadas pela dogmática processual penal, adotou-se perspectiva criminológica para estudar o modelo de nulidades, com forte viés sociológico, objetivando promover o corte interdisciplinar pelo qual demanda exame que não se pretenda raso.

O momento final do trabalho é propositivo, buscando mecanismos de renovação do sistema de nulidades vigente, realizado com amparo na obra do processualista Alberto Binder.

1.1. A CONSTÂNCIA DO INQUISITÓRIO

O ideário que permeia o sistema judicial brasileiro determina a maneira pela qual se configura o sistema de nulidades vigente. Não é novidade que o sistema processual penal brasileiro possui matriz nitidamente inquisitiva. O princípio reitor inquisitivo, aliado aos demais contornos que tornam o processo penal brasileiro instrumento fundamentalmente persecutório, raramente protetivo dos imputados, possui importantes repercussões na temática das nulidades processuais penais.

O inquisitório, mais que sistema de processo penal típico de momento histórico específico, constituiu e constitui sistema completo de administração e potencialização do poder punitivo. Dentre as características mais peculiares está o cuidado que confere ao trâmite, como se este constituísse valor em si mesmo, e não meio para obtenção de certo fim. Ou seja, formalismo é característica ínsita ao inquisitório.

Definição pertinente do formalismo produzido pelo sistema inquisitório é de Pierre Legendre, ao mencionar a *sacralização do procedimento*¹. A sacralização da forma é contraposto o viés profano do desrespeito às prescrições solenes da tradição.

Note-se que, no âmbito do inquisitório, o formalismo processual transcende o zelo exacerbado e ingênuo com as solenidades, alcançando o exercício de poder excessivo e indesejável daquele que detém o monopólio da forma. O juiz formalista não é a cristalização do ideal de insipidez judicial; mas ator processual que exerce abusivamente o poder que concentra pelo domínio da linguagem e dos instrumentos colocados a seu dispor.

¹ A construção de Legendre sobre o peso do expediente judicial na cultura formalista está cristalizada no trecho: “Com o Direito sapiente, outra coisa entra em cena: o discurso escolástico o procedimento é um jogo ritual e constitui, na movência latina, a invenção de uma técnica de tomar conta ou de recuperar os sujeitos, exatamente como alhures opera uma outra feitiçaria, e principalmente a dança.” (LEGENDRE, *O Amor do Censor*, p. 101).

Pontua Jacinto Coutinho “*tratar-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo já conheceu; e conhece*”², em alusão à impregnação do inquisitório no sistema processual contemporâneo.

A característica principal do sistema inquisitorial, na esteira de Cordero, reside na centralização da gestão da prova no juiz-inquisidor. Ao julgador incumbiria investigar e produzir as provas, ponderando quais seriam úteis para o deslinde do caso.

Conforme Legendre³, esta estrutura fundante do inquisitório canônico é (re)potencializada pelo Código de Processo Penal Napoleônico de 1808. No entanto, o sistema adquire força pela assimilação de elementos de aparente acusatoriedade. Napoleão realiza jogo de véus⁴ e o amálgama criado por sua codificação é tão coeso que não se desagregou dos textos vigentes atualmente. A influência do Código Napoleônico é tão pungente no processo penal contemporâneo que, guardadas as proporções, constitui o texto base do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

E no que tange ao sistema de reparação de atos processuais irregulares, a constância e o reforço do inquisitório ocasionam conseqüências nefastas à estrutura de garantias moldada pela Constituição de 1988.

1.2. O FORMALISMO JUDICIAL E A SUA UTILIDADE POLÍTICO-CRIMINAL

Apesar da objetividade e imparcialidade propugnada pelos atores judiciários encarregados da aplicação dos textos legais, há imbricação imanente da prática judicial com o poder político que lhe dá substrato. Conforme Bourdieu⁵, não há como perceber o direito, e, por óbvio, o judiciário, como sistema hermético e autônomo, completamente alheio a pressões sociais e políticas e que encontra em si mesmo o fundamento de existência.

O discurso formalista possui grande prestígio nos Estados autoritários, precisamente pelo afastamento que proporciona entre a burocracia judicial e os subordinados, entre aqueles que possuem e os que não detêm o domínio da

² COUTINHO, *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*, p. 18.

³ “Compreender em que os juristas da era burguesa foram os seguidores da Escolástica não é senão um prelúdio, a fim de refletir melhor, mais adiante, no desvio político das ciências humanas, no alcance heurístico da manipulação publicitária, na pretensão de que ao mudarmos as máscaras, mudamos tudo.” (LEGENDRE, *O Amor...*, p. 175).

⁴ “E così, dalla l. 17 novembre 1808, nasce **il processo cosiddetto misto, mostro a due teste**: nei labirinti bui dell’instruction regna Luigi XIV; segue una scena disputata coram populo. A qualcuno sembra un capolavoro: secondo gli eufemisti, ‘l’information préliminaire’ quale appare nell’ordonnance 1670, ‘est une des plus précieuses conquêtes de la législation’; abilmente condotta, ‘elle protege les droits des citoyens contre des mesures imprudentes; elle prépare le jugement; elle en assure la sagesse’; insomma, è il lascito ‘le plus fecond’ del Quattrocento ai moderni” (CORDERO, *Guida alla Procedura Penale*, p. 73).

⁵ BOURDIEU, *O Poder Simbólico*.

técnica. Assim, aufere-se veste pseudo-jurídica a proposições vazias, impregnadas do mais pungente repressivismo.

Por este motivo, possível notar que a formatação do Estado autoritário quando da elaboração do Código vigente produz reflexos significativos no âmbito de nulidades. E a forma de se conferir invólucro jurídico de validade à decisão invalida é através do formalismo judicial, o qual, conforme a característica dos casos penais, se manifesta de maneira bastante peculiar, oscilando entre os dois pólos do *binômio rigidez-flexibilização*.

Percebe-se nas decisões proferidas na esfera criminal – e a pesquisa de campo sustenta esta premissa como válida – sensível alternância entre os *discursos de cumprimento obtuso do rito prescrito e a permissão de se excepcionar a fórmula legal*. O primeiro discurso é a espécie mais simplória de formalismo, e demonstra-se pelo apego exacerbado aos atos, trâmites e parâmetros (con)sagrados, evitando conceder as garantias formais que são asseguradas no ordenamento. Preconiza-se o exercício e a manutenção do rito como se fora fim em si mesmo. O segundo aparece de forma velada, pois, embora aparentemente flexibilizador ou desregulador – contrário ao formalismo –, será artifício retórico para o exercício e o abuso de poder através do processo penal.

O formalismo, no âmbito do processo criminal, consiste, portanto, em modalidade de exercício/abuso de poder pelo domínio da técnica processual penal⁶ que determinará a forma pela qual a burocracia judicial obstaculizará a plena efetivação das garantias constitucionais.

Nas palavras de Kant de Lima, possível verificar que esta modalidade de formalismo judicial desempenha papel útil e conveniente poder político centralizador⁷. Sem a ilusão de querer isolar o sistema judicial da influência política, o que seria ingenuidade, qualquer modelo processual republicano que almeje efetivar os princípios do sistema acusatório deve preconizar a transcendência do formalismo – no sentido pejorativo tanto de apego como de desprezo pela forma –, buscando atender aos fins para os quais o procedimento é pensado no Estado de Direito: *garantia do débil na situação processual*.

Portanto oportuna a realização de diagnóstico sobre como o modelo de nulidades vem sendo aplicado pelos Tribunais, para exame de como o ideário até então esboçado afeta os julgadores imersos neste caldo cultural, bem como para identificação dos problemas pragmáticos e das garantias do acusado que deixam de ser atendidas.

⁶ FOUCAULT, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 78.

⁷ KANT DE LIMA, *Ensaio de Antropologia e de Direito*, p. 19-20.

2. A APLICAÇÃO DAS NULIDADES NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO: ESTUDO DE CASO

2.1. DA HIPÓTESE À PESQUISA DE CAMPO: DETALHAMENTO TÉCNICO E ANÁLISE PRELIMINAR

De maneira a identificar o revestimento formalista na prática judicial brasileira, estruturou-se pesquisa de campo junto ao Setor de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com intuito de obter acórdãos das Câmaras Criminais, a partir do parâmetro “*nulidades e processo penal*”. Limitou-se aleatoriamente as ocorrências no período de 02 de fevereiro de 2005 até 28 de setembro de 2006. A partir destas balizas, foram localizados 404 acórdãos das Câmaras Criminais.

Definido o universo de decisões judiciais que serviriam de substrato para exame, passou-se a analisar individualmente os acórdãos, observando-se quesitos previamente estabelecidos para a composição de tabela⁸ com os dados colhidos⁹. Posteriormente, foram realizadas análises quantitativas e qualitativas dos casos considerados como paradigmáticos.

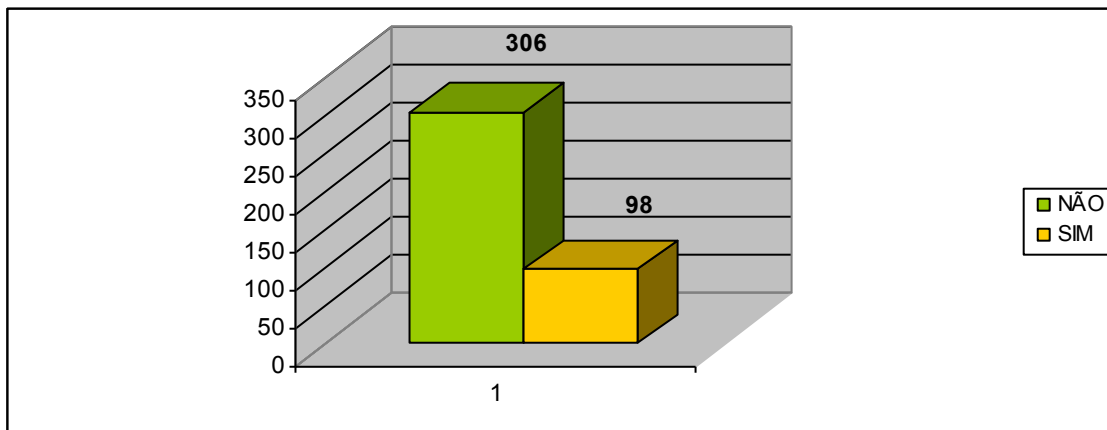
Os dados iniciais analisados foram aqueles que dispensam exame mais apurado, obedecendo a simples lógica de quantificação.

O primeiro disse respeito à *declaração ou não da nulidade*, em que se afigure a discrepância entre as nulidades suscitadas e as nulidades efetivamente declaradas. Os parâmetros de resposta foram restringidos a *sim* ou *não*. Conforme referido inicialmente, de total de 404 acórdãos, em 98 decisões as nulidades foram declaradas, restando 306 não declaradas. Em termos percentuais representa 24,25% de *sim*, contra 75,74% de *não*. O gráfico a seguir reproduz esta relação.

Gráfico I: Nulidade declarada? Sim ou Não

⁸ O aplicativo utilizado para formação inicial foi o Microsoft Excel.

⁹ “*Técnica particular pela qual o conteúdo dos documentos é decomposto em seus elementos constitutivos (palavras, frases, parágrafos, símbolos ou palavras-chave), elementos que depois são classificados em categorias preestabelecidas e calculados no número e na intensidade.*” (TREVES, *Sociologia do Direito*, p. 217).



Contudo a disparidade não pode ser tomada isoladamente como expressão definitiva do sistema de nulidades. Nesta contraposição entre nulidades declaradas e não declaradas, não se considera, por exemplo (a) se o argumento do magistrado, ao negar ou declarar o defeito processual, não era calcado em matriz constitucional de Processo Penal, afastando-se do formalismo judicial ou (b) se não houve ponderação pelo julgador entre as conseqüências de declarar a nulidade e a possibilidade de restaurar o princípio ofendido pelo vício processual, optando o pela segunda hipótese.

Após a primeira análise, separaram-se os casos de acordo com o quesito *sujeito processual suscitador da nulidade*: Defesa, Ministério Público, Magistrado e Assistência à Acusação. O resultado obtido, do total dos 404 acórdãos, foi 357 nulidades apontadas pela defesa, 29 pelo Ministério Público, 16 *ex officio*, 01 por Defesa e Ministério Público concomitantemente e 01 suscitada pela Assistência à Acusação. Em termos percentuais, a representação é de 88,4% de nulidades suscitadas pela Defesa, 7,1% pelo Ministério Público, 3,96% *ex officio*, 0,2% por Defesa e Ministério Público, simultaneamente e 0,2% pela Assistência à Acusação.

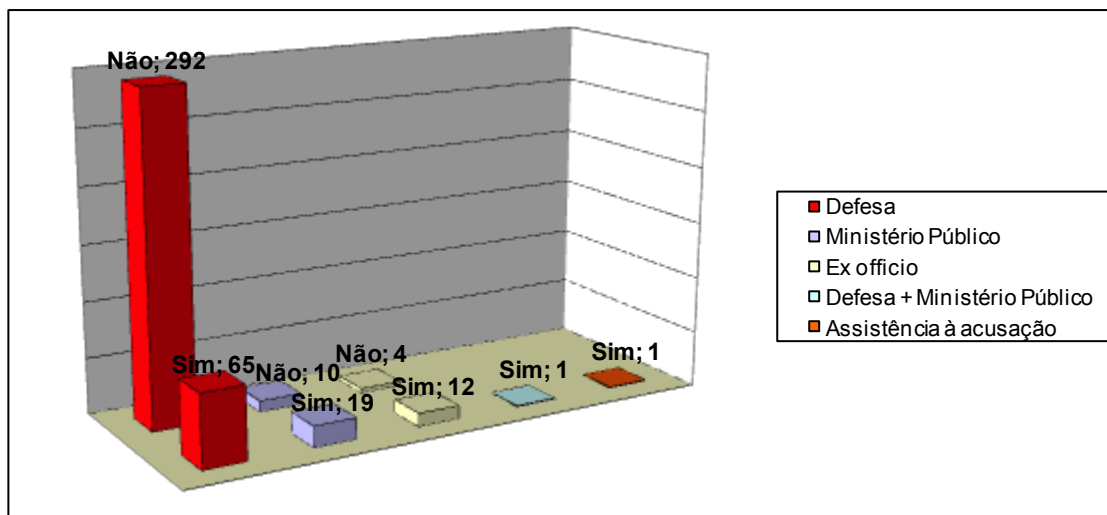
Os dados demonstram a robusta prevalência da defesa como sujeito provocador das nulidades. Vale ressaltar que não existe correspondência direta entre as nulidades suscitadas *ex officio* e eventual resposta afirmativa, pois a pesquisa registrou casos em que a nulidade é verificada pelo próprio julgador e este, por motivos diversos, acaba não declarando o vício.

Realizou-se, com estes dados o cruzamento dos dois primeiros conjuntos de informações obtidas, isto é, entre a declaração ou não da nulidade e o sujeito processual provocador. Cingindo-se aos dois maiores grupos de casos na esfera da modalidade *sujeito processual*, percebe-se disparidade entre o índice de êxito da Defesa e do Ministério Público ao pleitear anulação de atos.

A defesa logrou sucesso em 18,2% dos casos, ao passo que o Ministério Público em 65,5%. Indubitavelmente a quantidade de nulidades suscitadas pelo Ministério Público foi bastante inferior, o que pode gerar certa distorção no

comparativo. Todavia, a quantidade não elucida o motivo (qualidade) de haver tão significativa diferença.

Gráfico II: Nulidade Declarada versus Sujeito Processual Invocador



Dentre as conclusões possíveis para a discrepância observada, a partir dos dados analisados na pesquisa empírica, nota-se certa tendência de os julgadores entenderem o pleito defensivo como estratégia na busca de vantagem processual desleal, como artimanha para tangenciar a imputação e retardar a decisão. Por outro lado, acabam por pressupor certa idoneidade do agente acusador, como se atuasse de forma imparcial, no auxílio do trabalho do Magistrado.

Os dados indicam que a precaução em relação aos argumentos defensivos cria, nitidamente, desequilíbrio (tácito ou expresso) das decisões em favor do acusador estatal. Esta circunstância fática encontra abrigo na visão que conformou o sistema de nulidades do Código de Processo Penal, vislumbrada na Exposição de Motivos: *“As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da Justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas.”*

2.2. DENSIFICAÇÃO DA ANÁLISE: ESPÉCIES DE NULIDADES ARGÜIDAS E SUA TIPOLOGIA

Finalizado o levantamento preliminar, partiu-se para análise da espécie de nulidade foi invocada, ou seja, do seu conteúdo. Para possibilitar a correlação com outros dados, foram reduzidas a tipologia delimitada em seis parâmetros: (a) violação de preceito constitucional; (b) descumprimento de prescrição legal; (c)

inversão procedimental; (d) procedimento sem previsão; (e) cerceamento de defesa; (f) nulidade alegada genericamente, desprovida de alicerce argumentativo ou indicação do vício.

O parâmetro *violação a preceito constitucional* se refere à ofensa de princípio ou valor inserido explícita ou implicitamente na Constituição da República. Neste grupo foram elencadas nulidades como violação da correlação entre denúncia e sentença; lesão ao contraditório e ao devido processo legal; questões de competência; lesão ao direito de não produção de provas contra si mesmo; utilização de prova ilícita; violação da presunção de inocência; violação do dever de fundamentação das decisões judiciais entre outras.

No tocante ao critério *descumprimento de prescrição legal* foram agrupadas as falhas na observância de normas infraconstitucionais, em especial do Código de Processo Penal e da legislação extravagante, incluindo-se neste conjunto os defeitos mais prosaicos que pertinem à previsão legal descritiva, com conceitos e atos bastante especificados. Foram reunidos neste grupo nulidades como denúncias genéricas; excesso de prazo nas prisões em flagrante; citação na mesma data do interrogatório; não-cumprimento de prazos processuais; falha em reconhecimentos pessoais; sentenças que não averiguaram todos os elementos de prova trazidos aos autos etc.

O parâmetro *inversão procedimental* foi estabelecido como termo médio entre violação do devido processo legal e o descumprimento de prescrição legal, haja vista ser pensado como violação do encadeamento de atos regulares do procedimento em curso. Ademais, possui específica descrição na doutrina e na jurisprudência, a qual afasta da categoria lesão a preceito constitucional. A nulidade, neste caso, decorrerá de desvio na trajetória regular do processo, sendo abarcadas, por exemplo, a reinquirição do réu logo após a pronúncia; a decretação de revelia de pessoa citada por edital; a desclassificação de delito de maneira imprópria; o descumprimento do procedimento da *mutatio libelli*.

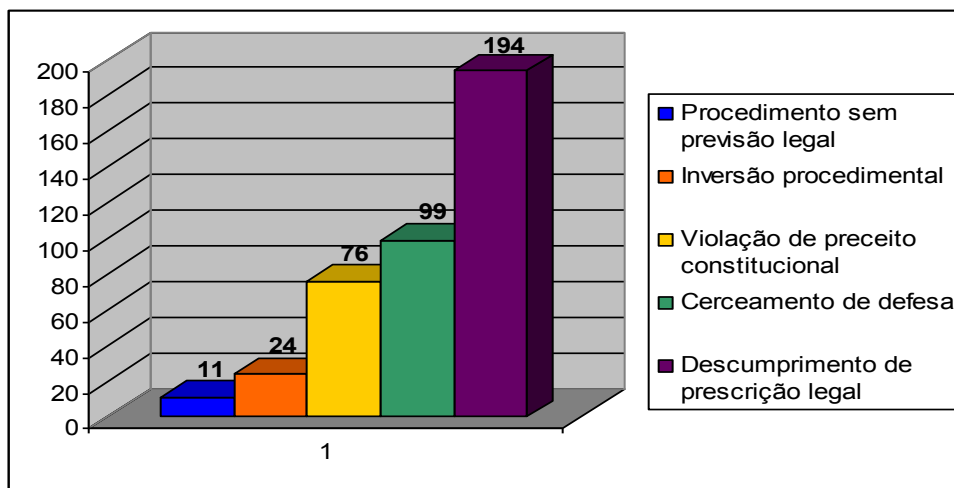
A categoria *procedimento sem previsão* foge ao descumprimento de prescrição legal e consiste em inovação do julgador em momentos nos quais a legislação é lacunar. A título de ilustração, incluiu-se nesta modalidade a absolvição precipitada do réu pela via do *Habeas Corpus* de ofício ou pela antecipação da sentença; a decretação da extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva ou projetada; a exigência judicial de laudo criminológico após o advento da Lei 10.792/2003 entre outras.

O item *cerceamento de defesa* é, inegavelmente, parâmetro que repercute no princípio constitucional da *ampla defesa*. No entanto, optou-se por classificá-lo em categoria autônoma em função da diversidade de casos e da importância singular verificada. Entre as espécies analisadas incluiu-se denúncia sem capitulação do fato delitivo; citação editalícia sem estarem esgotadas as

possibilidades para encontrar o acusado; interrogatório realizado sem a presença de defensor; processo administrativo disciplinar em execução sem exercício de defesa; não intimação de expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas etc.

A partir do enquadramento das alegações de nulidades dentro desta tipologia, os dados foram cruzados, obtendo o seguinte resultado em relação a quantidade de casos por parâmetro.

Gráfico III: Tipologia de Nulidades suscitadas



Como se observa, a maior alegação de falha processual provém do descumprimento de prescrição legal, que registra 194 casos, representando 48%. Percebe-se, pois, que a amostragem caracteriza que a maioria dos casos envolve pleito de anulação por desrespeito à legislação ordinária.

Hipótese levantada inicialmente, e posteriormente refutada pela investigação, foi de que as nulidades mais suscitadas versariam sobre violação do ordenamento infraconstitucional e, por conseguinte, as questões constitucionais acabariam não sendo levados à apreciação judicial. No entanto, a pesquisa empírica logrou demonstrar que existe certa paridade entre a arguição de nulidades ordinárias e constitucionais, haja vista que as que tratam de violação de princípios constitucionais serem constatadas em 175 casos (43,3%). Este grupo abarca os 99 casos de invalidades nas quais foram suscitados óbices ao exercício do direito de defesa (24,3%) e 76 incidências de violação de preceito constitucional (19,1%).

As categorias *inversão procedimental* e *procedimento sem previsão legal* auferiram, respectivamente, 5,9% e 2,7% dos casos avaliados¹⁰. Em que pese sua baixa representatividade considerando o universo colhido, algumas decisões destes grupos serão tratadas mais detidamente na fase qualitativa da pesquisa, pois são emblemáticas.

¹⁰ A soma dos valores percentuais apresentados resulta em 99,91%, em decorrência da opção pelo arredondamento para uma casa decimal.

2.3. ARGUMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Expostas as categorias suscitadas na amostragem, passou-se ao exame dos argumentos utilizados pelos Magistrados nas decisões que apreciaram as alegações. Com o propósito de simplificar a correlação entre dados, organizou-se tipologia de 10 possibilidades de argumentos a fundamentar estas decisões.

A primeira modalidade foi nominada *violação formal inexistente*, para a qual foram destinadas todas as decisões que consideravam não haver ocorrido ofensa às formas estabelecidas pelo ordenamento. Neste agrupamento posicionou-se toda a decisão que negava ter ocorrido quebrantamento das solenidades processuais, pelos mais variados argumentos – *v.g.* participação de defensor em interrogatório só é obrigatória após a Lei 10.792/03 (24 decisões); não-obrigatoriedade de peças como defesa prévia e alegações finais de defesa (13 decisões); não haver violação do dever de fundamentação se a argumentação foi sucinta ou se reportou à literalidade da lei (27 casos); determinação pelo Juiz de laudo criminológico do apenado não constituir dano após a revogação da obrigatoriedade (06 ocorrências).

A categoria *violação formal inexistente* agregou a maior quantidade de decisões, totalizando 143, representando 35,3% dos casos.

O segundo fundamento foi *insignificância da violação formal*, que especifica casos nos quais o julgador reconhece ocorrer violação dos ritos estabelecidos, contudo decide que o vício foi de menor relevância, não acarretando sua imprestabilidade. Neste grupo foram organizadas decisões que consideraram que laudos periciais não precisariam seguir as prescrições do Código de Processo (24 acórdãos); que as regras para o reconhecimento pessoal do acusado são meramente recomendatórias (20 decisões); que não há vício em ausência de assinaturas, intimações irregulares e falta de outros procedimentos estritamente burocráticos (03 casos) entre outros.

Neste espectro, foram situadas 77 decisões ou 19,1% do total.

Outro argumento recorrente foi *violação formal com ausência de prejuízo*, no qual se enquadram decisões que reconheceram o descumprimento formal, entretanto não houve declaração de nulidade em função do argumento de não ter ocorrido lesão. Este conjunto albergou as mais variadas espécies de respostas às alegações das partes, entre as quais ausência ou insuficiência de defesa (08 casos); falhas de quesitação no Júri (09 casos); prova ilícita (04 decisões); aplicação de procedimento errado ou inverso (13 ocasiões) etc.

O parâmetro *violação formal com ausência de prejuízo* foi identificado em 55 decisões, as quais constituem 13,6% dos casos.

A variável *preclusão do vício* foi utilizada para comportar todas as decisões que alegavam existir desrespeito ao prazo legal estabelecido para alegação do vício,

sendo convalidado pelo transcurso do tempo. Frequentemente estas decisões aludiam à distinção entre nulidades absolutas e relativas, e, em sendo o vício suscitado da segunda classe, sua não arguição no tempo devido impedia sua declaração posterior.

Este conjunto contou com 30 decisões ou 7,4% do universo de decisões analisadas.

Outro critério arbitrado foi relativo ao argumento da *impossibilidade do benefício da própria torpeza*, o qual englobou todas as decisões que atribuem a responsabilidade pela violação formal à parte que suscitou a nulidade. Neste agrupamento foram classificados casos como a não apresentação de defesa prévia (02 casos); intimação editalícia de sentença (01 caso); e violação de prazos (01 ocorrência).

Este parâmetro teve pouca incidência, representando 0,99% (04 acórdãos).

Conjunto de argumentos que representou evidente avanço ao formalismo foi nominado *mérito favorável àquele que suscitou o vício*.¹¹ Nesta espécie o magistrado verificou existir a nulidade, todavia ponderou no caso concreto o resultado jurídico mais proveitoso ao suscitante.

Este grupo reuniu 09 acórdãos, traduzidos em 2,2% da amostra.

O parâmetro *vício não suscitado pela acusação não pode ser reconhecido em recurso* abarcou os casos que se apóiam no entendimento da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal¹², que se alinha ao princípio da inviabilidade de declaração de nulidade em desfavor do réu quando não suscitado pela acusação. Neste parâmetro, foram situadas 02 decisões, conformando 0,5% dos casos.

Adotou-se a variável *instrumento inadequado*, que reuniu decisões que manifestavam não ser o mecanismo jurídico utilizado próprio para declarar o defeito processual. Fizeram parte deste grupo 0,9% da amostra, o que em valor absoluto representa 04 acórdãos.

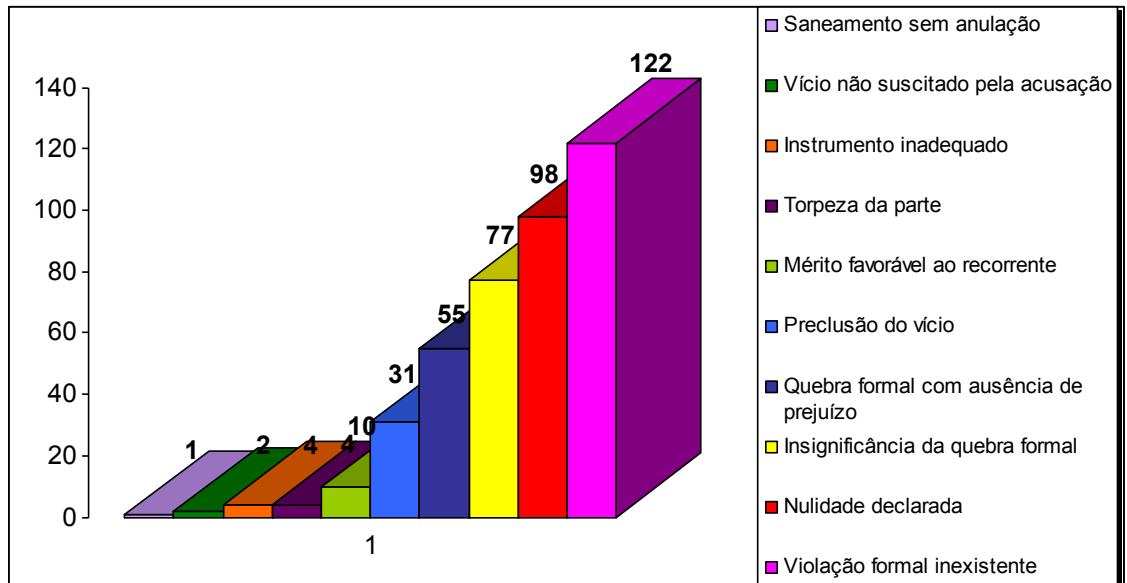
O último conjunto com expressivas ocorrências foi denominado *nulidade declarada*, que foi utilizado para ordenar os julgados que declaram a anulação do ato realizado. Foram atribuídos a este parâmetro 98 casos, representando 24,3% das decisões.

O gráfico a seguir sumariza esta tipologia de argumentos:

Gráfico IV: Tipologia de argumentos nos acórdãos

¹¹ Conforme Binder, um dos passos para superar o paradigma forma-violação, típico do formalismo judicial, é avaliar qual a providência judicial aproxima-se da restauração do princípio lesado pelo defeito processual.

¹² “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”



Após exposição das modalidades argumentativas dos acórdãos, mister utilizar as informações em analogia com outros dados da amostra, traçando-se paralelos que permitam perceber as imbricações entre as variáveis. A comparação essencial deste trabalho reside na confrontação das arguições em oposição aos discursos dos julgados, o que confirmará ou não a hipótese inicial do trabalho acerca da tradição judicial¹³ em matéria de nulidades processuais.

Inicialmente é pertinente comentar que o parâmetro *violação formal inexistente* encontra maior incidência nos casos de cerceamento de defesa e de descumprimento de prescrição legal. As duas suscitações constituem individualmente 30% do total da variável, o que é bastante representativo. Muitos dos casos que desconsideram violação formal no quesito cerceamento de defesa estão vinculados à ausência de defensor em interrogatório. Dentre as decisões de *insignificância da quebra formal*, existem discussões acerca de validade da obtenção das provas, como produção de laudos periciais ou de potencial lesivo de armas. Precisamente nesta subespécie localizou-se um eixo flexibilizador que se crê não ser compatível com sistema constitucionalizado de apreciação da prova. Há limites impostos para obtenção das evidências e o descumprimento destes parâmetros implica a imprestabilidade da prova obtida illicitamente.

Finda a análise dos números obtidos a partir das decisões, imperioso apresentar conclusões parciais para a posterior considerações singulares de decisões emblemáticas.

¹³ O termo *tradição* é aqui trazido na acepção do autor, enquanto “*sistema de significação que empresta sentido às práticas e representações de determinado grupo*” (KANT DE LIMA, *Ensaio...*, p. 40).

Optou-se por reforçar as conclusões pela explicitação de casos-paradigma¹⁴, extraídos pela densidade do seu teor, dos quais podem ser depreendidas conseqüências que complementarão o exame quantitativo. Tal utilização conjugada diminui as distorções intuitivas e subjetivas da pesquisas empírica, tornando-as mais mitigadas pela confrontação metodológica. Com este intuito foram aliados os dados quantitativos à análise de discurso.

2.4. O LEGALISMO FORMALISTA: O CASO DA ABSOLVIÇÃO ANTECIPADA

O primeiro dos casos diz respeito à modalidade de argüição *procedimento sem previsão legal*, na qual ocorrência mais freqüente é de expedientes nos quais o Magistrado considerou ser caso de absolvição antes mesmo do término da instrução processual, conforme ilustrado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PORTE LEGAL DE ARMA BRANCA. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. CABIMENTO DO RECURSO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. A decisão que concede habeas corpus de ofício, ao efeito de trancar a ação penal, concluindo pela rejeição da denúncia anteriormente recebida, constitui decisão terminativa, uma vez que envolve o mérito, não permitindo seja a matéria novamente discutida, razão pela qual desafia apelação, e não recurso em sentido estrito, cujo cabimento é restrito às hipóteses elencadas no art. 581 do CPP. Princípio da fungibilidade recursal. Recurso conhecido como apelação. NULIDADE DA DECISÃO. Ao concluir pela atipicidade do fato e conceder ordem de habeas corpus, rejeitando a denúncia, que já havia sido recebida, o magistrado singular, na realidade, acabou antecipando os efeitos da tutela final, instituto inexistente no processo penal, o que enseja cerceamento da acusação e violação ao devido processo legal. A sustação do andamento do processo, mesmo sob a alegação de falta de justa causa, após o recebimento da denúncia, é providência restrita a órgão jurisdicional de instância superior. Nulidade reconhecida. Desconstituição da decisão. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO COMO APELAÇÃO E PROVIDO, para decretar-se a nulidade da decisão e para determinar-se o prosseguimento do feito. (Apelação Crime nº 70012005757, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, j. 23/11/2005 – grifou-se)¹⁵

¹⁴ “O método qualitativo é aquele em que, com uma análise interna do documento, procura-se identificar as linhas essenciais e os aspectos secundários de seu conteúdo e, com uma análise externa, procura-se julgar a autenticidade e avaliar a repercussão social do próprio documento.” (TREVES, *Sociologia...*, p. 216).

¹⁵ As ementas serão transcritas sem a identificação do Relator do acórdão, tendo em vista entendimento de serem as decisões coletivas, fruto do debate realizado na Câmara. O intuito é não centralizar a decisão em determinado Desembargador, mas apresentar o resultado como produto coletivo. Não obstante, por serem públicas as decisões, o leitor poderá acessar seu inteiro teor.

Versa o julgado sobre imputação por contravenção de porte de arma branca. O magistrado, após receber a denúncia e designar audiência de interrogatório, verificou que o caso possuía relevância penal ínfima¹⁶. Assim, concedeu *Habeas Corpus* de ofício para trancamento do processo em face da atipicidade material da conduta. Discussão referida superficialmente pelo Magistrado foi acerca da inconstitucionalidade da Lei de Contravenções Penais, a qual tipifica condutas de perigo abstrato, e, com relação ao porte de arma branca em específico, questionou se a legislação posterior sobre armas não teria derogado sua vigência.

O Ministério Público irresignou-se e recorreu por meio de Recurso em Sentido Estrito (RSE), haja vista tratar-se de concessão de *Habeas Corpus* pelo Juiz singular. O acórdão inicia desconsiderando ser hipótese de recurso em sentido estrito, mas de apelação, visto ser decisão terminativa de mérito. Assim, sob a égide do princípio da fungibilidade recursal, recebeu-o e processou-o como apelação, haja vista inexistir má-fé da parte na interposição equivocada.

É necessário valorar alguns elementos da decisão. A primeira ponderação é de que com o ato de “conceder ordem de *habeas corpus*, rejeitando a denúncia” o juízo *a quo* “acabou antecipando os efeitos da tutela final, instituto inexistente no processo penal”. A construção inicia equiparando o *Habeas Corpus* de ofício a antecipação de sentença, a qual não possui previsão em processo penal. Ocorre que o sistema processual prevê esta possibilidade se, a qualquer momento, mesmo em fase de inquérito policial, for constatado constrangimento ilegal. Para o magistrado de primeiro grau restou configurado o constrangimento ilegal pela submissão de pessoa a processo criminal desprovido de justa causa (fato atípico).

A ementa do acórdão menciona *cerceamento da acusação e violação ao devido processo legal* em função da ordem concedida. O que surpreende o observador é que apesar de o Magistrado agir amparado pelo ordenamento processual, sua decisão foi anulada em função de violação do devido processo legal. Quanto ao *cerceamento da acusação*, conclui-se constituir argumento apócrifo, porquanto não possui qualquer respaldo constitucional ou legal.

Inexiste direito de *ampla acusação* no processo penal Brasileiro, pois o atuar do sujeito de acusação segue parâmetros bastante delimitados (*princípio da objetividade*¹⁷) que abarcam os deveres pelos quais o acusador estatal deve se pautar. Em contrapartida, direito de defesa é amplo, conforme a previsão da Constituição da República, comando que permite que defesa técnica e auto-defesa sejam ilimitadas – *v.g.* a diferença de tratamento na admissibilidade da prova ilícita para defesa e para acusação. A defesa poderá tomar todas as providências

¹⁶ Merece esclarecimento a aparentemente súbita mudança de idéia do juiz singular: o juiz que recebeu a denúncia era o magistrado substituto; quando o titular retornou, entendeu que o fato era atípico.

¹⁷ JARDIM, *Ação Penal Pública*.

processuais que entenda necessárias para provar sua tese ou para possibilitar a condição jurídica mais favorável possível ao imputado. Desta forma, não possui sustentação o argumento de violação à *ampla acusação*, haja vista ser limitada e restrita, não existindo preceito normativo que permita a este sujeito processual buscar, à exaustão e irrestritamente, a demonstração da culpa do réu.

Da análise, possível caracterizar o acórdão na categoria de julgado orientado pelo formalismo judicial, ao refutar a possibilidade de processo ser trancado pelo juiz quando verificada atipicidade material da conduta.

Nas lições de Kant de Lima, “*o formalismo processual, portanto, só contribui para prolongar o arbítrio e o clima de permanente ilegalidade que se respira em toda a sociedade brasileira, oriundo longínqua e provavelmente de um espírito fiscalista do Império Português, mais recentemente atualizado em termos de nossa triste tradição de regimes republicanos de exceção.*”¹⁸

2.5. A QUESTÃO DO PREJUÍZO E OS PRETEXTOS ARGUMENTATIVOS

Conforme referido, a ausência de prejuízo figura como um dos grandes argumentos para não serem declaradas certas nulidades. O requisito, de origem napoleônico e que possui positivação no Código de Processo Penal, preconiza que não seja declarado vício que não tenha causado prejuízo concreto (*pas de nullité sans grief*).

A previsão serviria para evitar sistema de nulidades que não respeitasse o binômio forma-violação, face ao excessivo apego ao trâmite. Entretanto distorções sedimentadas por gerações de aplicadores passaram a atribuir àquele que suscita a nulidade o ônus probatório do prejuízo.

A decisão é representativa:

HABEAS CORPUS. DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 514 DO CPP. DENEGAÇÃO. Para o efeito de tornar nulo o processo, deveria a defesa não só aduzir, mas, para além disso, provar o prejuízo. Não se pode perder de vista que toda e qualquer nulidade, no processo penal, deve ser associada à prova de eficaz prejuízo ao exercício da defesa. Mais do que isso, percebe-se que a ação penal foi antecedida de inquérito policial, circunstância que, segundo entendimento pretoriano, torna dispensável a defesa preliminar do artigo 514 do CPP. Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº 70014855506, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, j. 08/06/2006 – grifou-se)

No caso a defesa alegou cerceamento de sua atividade pela não-oportunização do prazo do artigo 514, que prevê a abertura de prazo para apresentação de defesa preliminar em casos que envolverem funcionários públicos.

¹⁸ KANT DE LIMA, *Ensaio...*, p. 22.

Apesar do quebrantamento formal, o Magistrado abrigou-se na não demonstração do prejuízo pelo defensor.

A defesa preliminar do art. 514 é possibilidade que a defesa técnica possui para evitar o processo criminal a partir da apresentação de elementos que explicitem a ausência de requisitos de constituição do caso. A não-oportunização impede que a defesa tenha momento adequado para refutar a acusação. O argumento judicial, no caso, de que houve inquérito policial a preceder a ação penal parece não se sustentar, pois a investigação policial brasileira não franqueia espaço para o contraditório e para ampla defesa.

A decisão apresentada possui dois eixos de argumentação: primeiramente afirma que a defesa é quem deve comprovar o prejuízo da nulidade que pleiteia; em segundo momento, afirma que só merecem ser declaradas nulidades em que se comprove o prejuízo ocasionado, ou seja, nega a ocorrência de prejuízo na não-oportunização de alegações preliminares.

Quanto ao primeiro viés, note-se que o defensor impetrou *Habeas Corpus* especificamente com o intento de que fosse possibilitada a apresentação de razões preliminares. Ocorre que o acórdão respondeu a questão atribuindo ao advogado a incumbência de demonstrar que houve prejuízo.

Por outro lado, mostra-se frágil a inexistência de prejuízo mencionada pelo julgador, porque não há circunstância que cause mais óbice à defesa do que a supressão imotivada de momento de intervenção preestabelecidos. Geralmente na dogmática o conceito de prejuízo inexistente é vago. Existe ilação de que no caso o não-oferecimento de prazo para apresentação de defesa preliminar não acarretou prejuízo, o que sugere ser pretexto discursivo para que anulação do processo, fato que exemplifica a sacralização do trâmite¹⁹.

O exposto foi uma das hipóteses comprovada pela pesquisa empírica.

Finda esta etapa, cumpre apresentar alguns elementos que apontem na reinvenção constitucional do sistema de nulidades no processo penal brasileiro. Para este fim, as lições de Alberto Binder²⁰ serão tomadas como ponto de partida.

3. PERSPECTIVAS PARA CONSTRUÇÃO DE NOVA TEORIA DAS NULIDADES

¹⁹ “Sobre essas bases o processo penal organiza-se de um modo determinado. Essa organização não é um problema menor, pois em numerosas ocasiões dependerá dela – de sua estruturação correta – para que possa cumprir efetivamente os princípios que o fundamentam ou deveriam fundamentá-lo. Mesmo assim, muitas das piores distorções das garantias e princípios fundamentais provêm de uma estruturação incorreta ou das distorções que a prática gera na própria estrutura do processo penal.” (BINDER, Introdução ao Direito Processual Penal, p. 173.

²⁰ BINDER, *El Incumplimiento de las Formas Procesales*.

Conforme Binder, o déficit constitucional na teoria das nulidades pode ser explicado através da valoração isolada da forma processual, ou seja, análise afastada da função que a forma deveria cumprir. Seu pensamento para transcender a teoria tradicional das nulidades é realizar radical mudança do eixo de interpretação segundo a maneira pela qual o ato processual é costumeiramente abordado e aproximá-lo da função que deve exercer no Estado de Direito. Apenas desta forma seria possível transpor o eixo de discussão circunscrito ao binômio validade-invalidade formal, o qual fornece solução unívoca para casos nitidamente distintos. O objetivo seria propor teoria em consonância com as funções garantistas da forma processual e considerá-las de maneira determinante para a estruturação de eficiente resposta à violação de requisitos constitucionais e legais.

As formas, neste contexto, se utilizadas adequadamente implicarão tutela dos postulados processuais²¹, residindo neste aspecto sua significância, visto reforçarem o sentido garantista do processo penal. Em contrapartida, caso sejam violadas, os preceitos serão lesados, o que demandará sua reparação pela via mais pertinente. Disto infere-se a relevância da construção de teoria de reparação de formas processuais violadas, que preconize evitar ou sanear o princípio atingido.

Conforme Natalie Pletsch, “a forma existe como garantia dos princípios; portanto, a tutela do réu contra o abuso estatal é a perspectiva a partir da qual devem ser lidas todas as regras processuais penais”²².

Assevera Binder²³ a respeito da importância da associação entre a forma processual e sua função exercida: “si no está claro lo que deben proteger las formas procesales, entonces ellas protegerán la rutina, los ritos y los ritmos de la burocracia judicial”. A proposição que se delineia, com o objetivo de se superar a acepção tradicional, consiste na primazia das funções efetivas da forma processual em detrimento da cultura de sacralização do trâmite.

Sistema integrado de resposta à invalidade processual deve perpassar o paradigma *forma-violação*, característico do formalismo judicial, colocando em segundo plano a nulidade, que é o mecanismo processual mais simplificado para restauração dos atos defeituosos.

3.1. TEORIA GARANTISTA DAS NULIDADES: FUNÇÕES DA FORMA PROCESSUAL

²¹ BINDER, *El Incumplimiento...*, p. 32.

²² PLETSCHE, *Formação da Prova no Jogo Processual Penal*, p. 50

²³ BINDER, *El Incumplimiento...*, p. 43

A proposta de Alberto Binder²⁴ notabiliza-se pelo abandono da análise unitária, a começar pela noção de não se transpor mecanicamente princípios e problemas dos atos jurídicos para as formas processuais. A teoria delimita as funções precípuas que as formas processuais penais podem cumprir: (a) proteger o *sistema de garantias*, porquanto as formas procederão à salvaguarda do imputado em face do poder penal, ou seja, constituem-se como mecanismos de proteção; e (b) implementar a *objetividade da atividade do Ministério Público*, restringindo as prerrogativas legais do acusador estatal.

Binder alerta que, não raras vezes, a análise do caso concreto demonstra a existência simultânea de inúmeras finalidades, o que provoca conflito hermenêutico pela contraposição de postulados antagônicos. O prisma que deve orientar a resolução de possíveis atritos das funções em exame é exatamente o mesmo que rege todo instrumento processual penal: a proteção do acusado.²⁵

3.2. ESPÉCIES DE RESPOSTAS AOS ATOS DEFEITUOSOS: SANEAMENTO, CONVALIDAÇÃO, PRECLUSÃO E NULIDADE

3.2.1. O SANEAMENTO

Com intuito de renovar a matéria de nulidades, a partir de Binder propõe-se reconceituação da resposta judicial à violação formal dos atos processuais. O agir judicial centraliza-se nas seguintes espécies de decisões: (a) reconhecimento de que a ruptura formal não afetou princípio; (b) reparação do princípio; ou (c) declaração de que o ato processual está desprovido dos pressupostos para produção de efeitos.

A partir do estabelecimento das possibilidades de decisão, Binder sugere a inferência de três desdobramentos da teoria garantista: (a) o descumprimento de formas nem sempre gera ato inválido, embora seja sempre irregular; (b) a invalidade do ato nem sempre acarreta nulidade, visto que poder ser reparado; (c) a nulidade dos atos só deve ser declarada como solução extrema aos atos de restauração inviável.

O *saneamento* consiste na depuração do vício objetivando restabelecer o princípio violado pela atividade deficiente. O saneamento é via para transpor os efeitos indesejáveis do descumprimento formal, tangenciando o núcleo forma-

²⁴ Em que pese Binder adotar a nomenclatura *teoria funcional* para designar sua proposição, opta-se pela denominação *teoria garantista* para evitar possível confusão com as diversas vertentes do funcionalismo, mormente os em voga no campo do direito penal material.

²⁵ "(...) A lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte" (FERRAJOLI, *Direito e Razão*, p. 270).

violação. Na teoria desenvolvida, o saneamento tomará papel de maior destaque como instrumento de salvaguarda de princípios, conforme se demonstrará.

3.2.2. A CONVALIDAÇÃO: SUPERANDO A DISTINÇÃO ENTRE NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS

O sistema de nulidades vigente no ordenamento processual penal brasileiro estrutura-se na contraposição entre nulidades relativas e absolutas. Para a teoria garantista, tal distinção é inadequada e acaba por aprofundar incongruências do sistema, entre elas a transformação retórica de defeitos substanciais em nulidades *relativas*, mormente quando da ausência de delimitação precisa da fronteira entre vícios relativos e absolutos.

Entre diversas orientações doutrinárias que buscaram delimitar conceitualmente as espécies²⁶, existe denominador comum. Os autores tradicionais convergem para a idéia de que a nulidade absoluta possui maior gravidade que a relativa, não comportando possibilidade de convalidação do ato. A nulidade relativa, por sua vez, dependeria de argüição pela parte interessada, demonstração de prejuízo e influência na decisão de mérito. Tratar-se-ia, portanto, de defeito processual de hierarquia inferior.

Desde a teoria proposta, torna-se inócua a distinção entre nulidades relativas e absolutas, visto que tal classificação não nomina o vício processual em si como *nulidade*, mas a decisão judicial que a concretiza. O efeito é de que os vícios processuais de menor gravidade não ensejam nulidade propriamente dita.

Para a teoria tradicional, especificamente nas nulidades relativas, prepondera o instrumento da convalidação. Este mecanismo pode ser sintetizado como a restauração automática do vício desde que verificada circunstância processual que a justifique.

Ocorre que a convalidação não pode incidir sobre a integralidade das funções auferidas às formas processuais, visto que incompatível com a tutela do acusado, por exemplo. Se a convalidação é presunção de saneamento pela incidência de objetivo mais relevante, não poderá ocorrer quando se tratar do sistema de garantias, porquanto é o ápice axiológico da visão constitucional do processo penal. No mesmo sentido, os motivos ensejadores de convalidação que surgem de alegações acerca do consentimento explícito ou tácito da parte, ou de que o ato foi provocado pelo próprio imputado.

²⁶ "(...) A nulidade pode ser absoluta ou relativa. Diz-se absoluta quando não admite convalhecimento. Se o ato for atípico e a lei não estabelecer um modo de convalidá-lo, será ele absolutamente nulo. (...) Tratando-se de nulidade relativa (e se diz relativa porque admite a sanabilidade), o surgimento do equivalente do requisito que faltava sana o vício. Daí falar-se em sanatória da nulidade, havendo, assim, uma convalidação do ato imperfeito ou viciado" (TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal Comentado*, p. 251-2).

Reitera-se que não se coaduna com a axiologia que rege o processo penal acusatório a exigência de que o acusado mantenha coerência entre seus atos, visto ser ele o débil da situação processual. Neste sentido Binder relembra que o Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América positiva a regra de não se invocar a torpeza do defendido para eximir-se de declarar nulidade²⁷²⁸. O Estado, na qualidade de monopolizador da violência institucionalizada, está investido de condições plenas para evitar que os atos do imputado redundem em obstaculização da persecução criminal.

3.2.3. PRECLUSÃO

O Código Processual Penal consagra que certos vícios, se não alegados no marco temporal respectivo, não poderão mais ser aboradados. O mecanismo da *preclusão* pressupõe a absorção do vício pelo transcurso de tempo ou sua não alegação em determinado momento processual. Em função da não realização de determinado agir, o ato processual posterior ficará obstaculizado, ou seja, no tema de formas processuais, se o defeito não foi suscitado no momento pertinente, sua restauração não será realizada.

Entretanto, tal entendimento não pode ser aplicado indistintamente. A generalização da não alegação em tempo como fator de reparação do vício processual em qualquer seara das finalidades formais escapa da lógica ora trabalhada e possui fundamento desde a lógica de teoria geral do processo civil, na qual o instituto da preclusão é amplamente utilizado, sendo imprestável para o processo penal.

3.2.4. A NULIDADE

A definição de Binder de nulidade pode ser resumida na privação de efeitos imanescentes ao ato processual por sua realização defeituosa²⁹. A idéia do autor de simplificar o conceito almeja evitar teoria entravada, permeada de vaguezas e contradições.

Conforme referido, a doutrina e a jurisprudência tratam o termo *nulidade* tanto como sinônimo de ato inválido, quanto da reação processual ao vício. Esta

²⁷ “Según lo que ya hemos analizado este principio (a coerência entre os atos) no es aplicable al imputado, quien sí puede alegar su torpeza, o su incoherencia, cuando ella há contribuído a causar um acto inválido.” (BINDER, *El incumplimiento...*, p. 136).

²⁸ Em sentido contrário, alinha-se a previsão do Código de Processo Penal em seu art. 565: “Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”

²⁹ BINDER, *El Incumplimiento...*, p. 108.

ambigüidade abre flanco para aprofundar as incongruências do modelo³⁰. A teoria funcional de formas processuais visa limitar o conceito à segunda acepção, isto é, a decisão judicial que faz cessar efeitos do ato. O ato inválido é aquele que rompe com a fórmula processual estabelecida, porém nem sempre ensejará *nulidade* como resposta judicial a sua ocorrência.

A nulidade constitui o mecanismo mais extremo de reparação, pois, desconsidera o vício e demanda sua renovação. Disso infere-se que a resposta nulificadora possui diversas graduações, além de extensão diversa conforme a quantidade de atos que estão encadeados em mesmo *iter* processual. Desde o prisma garantista de crítica ao mito da regularidade de atos do poder punitivo³¹, devem ser tomadas as cautelas para que o Magistrado não possa considerar como elemento de convicção atos nulos ou seus derivados.

No que tange ao encadeamento de atos, a nulidade estará balizada pela verificação da extensão da invalidade, o que determinará a profundidade com a qual a irregularidade afetou a linearidade de atos. Isto leva ao raciocínio de que, em cadeias de atos nas quais o antecedente é condição necessária para o sucessor, a nulificação do anterior acarreta a nulidade dos posteriores.

3.3. A PROTEÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIAS

A partir do deslocamento da concepção puramente formal da nulidade para a teoria funcional-garantista, estrutura-se a primeira das funções que é a resposta aos atos que violem requisitos legais e os seus conseqüentes processuais.

A proteção do sistema de garantias constitui o cerne do sistema constitucional de direito penal e processual penal, e o sistema de reparação de atos orientado por matriz acusatória preconizará pelos princípios de tutela, deixando as outras funções das formas em plano secundário. A teoria garantista advoga que o saneamento deve ser o ponto central do sistema de reparação de atos inválidos, em detrimento da nulidade, a qual possui protagonismo exacerbado no âmbito da teoria unitária. O magistrado do modelo funcional-garantista deve primar, acima de tudo, pela reparação do princípio afetado.³²

Nesta esfera particular, a nulidade cumprirá papel de restabelecimento da forma como *ultima ratio*, em face de só poder ser aplicada quando não mais é

³⁰ Em se tratando da terminologia inócua que a teoria unitária produziu, é cabível a superação do conceito de ato inexistente, o qual é utilizado como um nível de maior gravidade que a nulidade. Ressalta-se que não se está a designar ato inexistente ontologicamente, a permanência desta categoria para designar o nível de invalidez será inócua, pois não há diferença relevante entre o ato inexistente e o ato nulo, em termos de conseqüências jurídicas.

³¹ CARVALHO, *Antimanual de Criminologia*, p. 84.

³² BINDER, *El Incumplimiento...*, p. 81.

possível o saneamento. Portanto, para reger a reação processual às formas inválidas sob o prisma do sistema de garantias, basta utilizar os conceitos de reparação e nulidade, de maneira a reduzir a excessiva quantidade de categorias usualmente empregados.

Salienta-se que, no âmbito das garantias do réu, não há espaço para convalidação ou preclusão. Tal ponderação deriva de não existir preceito axiologicamente superior à proteção do imputado, tal como o decurso de prazo (preclusão) ou a manifestação de anuência ou alegação de torpeza do réu (convalidação). Não pode o transcurso do tempo sanar vícios de tutela do acusado, tampouco se pode suscitar a anuência deste com a violação ocorrida pois o campo de direitos indisponíveis não permite que se abdique de direitos irrenunciáveis.

Em breve síntese, pode-se concluir que a invalidade que fere princípio de garantia ensejará a reação processual que vise a retificá-lo, através do *saneamento* ou da *nulidade* propriamente dita. Convalidação e preclusão são espécies que não se aplicam em modelo que se pretende constitucionalizado.

3.4. A PROTEÇÃO DO ACUSADO E A CONTROVERSA QUESTÃO DO PREJUÍZO NA JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA BRASILEIRO: INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Conforme se observou no curso da investigação empírica nos acórdãos do TJRS, há larga utilização do critério *prejuízo* como o motivo apontado pelo órgão colegiado para não declaração de nulidade. A pesquisa colheu 55 casos nos quais havia declaração de inexistir prejuízo no defeito da fórmula processual ou, em havendo, que necessitava ser demonstrado pela parte que o suscitava. A exigência de prejuízo advém de prescrição do Código de Processo Penal plasmada no artigo 563 – “*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*”

A exigência de prejuízo concreto do descumprimento formal é coerente com a teoria funcional das formas processuais porquanto consiste em idéia que transcende ao precitado binômio *forma-violação*, buscando a consequência concreta do ato viciado.

Não obstante, a maneira que vem sendo exigida a demonstração de prejuízo na praxe judiciária indica que este critério está a serviço da cultura formalista-dogmática.

Admitindo-se tais considerações, e na esteira das bases críticas do artigo, há de se concordar com as conclusões de Fauzi Choukr:

- a) A idéia de prejuízo é dada por determinado sentido de interpretação;
- b) Como fruto do processo interpretativo, está condicionado aos fatores culturais que o norteiam;

c) A cultura inquisitiva, mais do que sua simples condicionante normativa, impera largamente entre os operadores do processo penal pátrio;

d) O “conceito” de prejuízo está, assim, determinantemente influenciado pela cultura inquisitiva e não se mostra largamente sensível aos valores da CR e da CADH.³³

Além da ausência de conceituação adequada, outra distorção operada pelos aplicadores é de atribuir ao acusado a carga de comprovação do prejuízo ocorrido. O imputado, em vista de sua condição de inferioridade no processo, possui menos condições materiais de coligir aos autos elementos que apontem o dano efetivo. Mais: muito provavelmente, em inúmeros casos, isto seja impossível, pois o dano às garantias formais e substanciais nem sempre deixa vestígios materiais³⁴ apreensíveis antes da sentença, local onde se solidificará.

Ressalta-se que o Código de Processo Penal não realiza a distinção absolutas/relativas, apenas assinala hipóteses de preclusão e de convalidação. Tampouco seria possível reduzir todas as hipóteses ensejadoras de nulidade ao texto normativo. Portanto, resta à esfera judicial determinar em que consiste a nulidade relativa. E a vulnerabilidade conceitual reside em sua própria vagueza. Assim, atividade jurisdicional, investida da cultura formalista, pode incluir na modalidade *relativa* o que convier, permitindo tangenciamento retórico da reparação do vício visto a impossibilidade de demonstração.

Com efeito, no que diz respeito ao prejuízo, é necessária radical inversão do pensamento, pois atribuir o ônus da comprovação ao acusado consiste em distorcer o sistema para satisfação da estabilidade do trâmite e não dos princípios constitucionais. Obrigar o acusado a comprovar equivale a negar-lhe a vigência ao interesse danificado. Destarte, a lógica que deve imperar é a da *presunção de prejuízo*³⁵, invertendo o ônus e impondo à acusação o dever de demonstrar que não ocorreu.

3.5. A FUNÇÃO DAS FORMAS PROCESSUAIS COMO REGULADORAS DO ACUSADOR ESTATAL

Conforme explanado, a principal função da forma processual é promover a proteção do imputado. Esta é a idéia central que deverá pautar o exame da violação em se tratando da atividade persecutória. No que tange à regulação judicial da atividade do acusador, este é o foro em que a forma deixará de ser garante de princípio e assumirá as condições para institucionalizar a pretensão acusatória.

³³ CHOUKR, *Código de Processo Penal*, p. 761.

³⁴ BINDER, *El Incumplimiento...*, p. 30.

³⁵ BINDER, *El Incumplimiento...*, p. 30.

O Ministério Público é agente da persecução penal do Estado que deve pautar seu agir pelo princípio da objetividade³⁶. Além de perquirir criminalmente o acusado, o agente acusador tem de estar em harmonia com seus deveres de ofício, reforçando as condições de legitimidade do Estado de Direito. Dentre as obrigações, a de proteção da dignidade do acusado.³⁷

Quanto aos mecanismos preponderantes na reparação de prerrogativas do acusador, necessária virada de perspectiva: no presente âmbito o eixo central é a convalidação. A convalidação presta-se a esta seara precisamente por se tratar de absorção da falha em virtude da supremacia entre os princípios envolvidos. Nesta hipótese, abdicar-se-á da falha em nome da proteção ao acusado. Ademais, também cabível o suprimento da falha pela assistência à acusação como causa que ilide eventual saneamento ou nulidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a crise que acomete o processo penal em nosso país. As reformas são a maior evidência do ponto culminante da crise. E o papel que a defasada teoria de nulidades cumpre nessa crise é dos pontos-chave para *“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”*³⁸.

Não obstante, a crise que pende sobre o processo penal brasileiro possui um aspecto de construção do novo, que é sintetizado perspicazmente por Ricardo Timm de Souza: *“‘crise’ significa assim, antes, uma situação a respeito da qual uma determinada decisão tem de ser tomada; significa o rompimento com a lógica do passado e o equacionamento e interpretação precisos das condições do presente; significa a possibilidade de discernir os elementos do passado e do presente no sentido da construção do futuro.”*³⁹

O déficit do sistema de nulidades pode representar a possibilidade de se construir algo que fuja à manutenção e retroalimentação do *status quo*. Em existindo eixo inquisitorial que ainda permeia a persecução criminal no Ocidente, a percepção da falência do modelo pode servir para provocar seu abandono, com a construção de ordenamento balizado por axiologia inovadora, voltada à efetivação da Constituição. Nesse aspecto, a crise pode ter conseqüências positivas.

³⁶ JARDIM, *Ação Penal Pública*.

³⁷ “A tese acusatória é - e deve ser - parcial acompanhada da utilização de todos os mecanismos processualmente válidos para provocar a decisão judicial no sentido de suas ponderações.” (PLETSCH, *A Formação...*, p. 81).

³⁸ CHOUKR, *Código...*, p. 757.

³⁹ TIMM DE SOUZA, *Sobre a Construção do Sentido*, p. 30.

No entanto, não se postula que simples reforma legislativa seja suficiente para operar a superação do modelo posto. A reforma do sistema de nulidades seria inócua se não fosse acompanhada de profunda mudança do ideário que orienta os aplicadores. A Constituição da República de 88 é exemplo concreto de que normas de vanguarda desacompanhadas de aplicadores comprometidos com seu escopo não são suficientes para a efetivação de direitos e garantias. Conforme se buscou demonstrar, a tradição jurídica que sedimenta a prática processual nacional não se desarraigou do formalismo judicial, tampouco da lógica inquisitiva.

A pesquisa empírica pretendeu delinear estes contornos ideológicos e as conseqüências concretas destas viradas discursivas. A maneira mais adequada de retratar os entraves epistemológicos da teoria vigente é procurar seus reflexos práticos, ainda que obscurecidos pela suposta assepsia técnica.

Assim, não se vislumbra outra maneira de superação do modelo unitário de nulidades, senão de maneira decisiva, com o abandono da epistemologia processual vigente. Esta ruptura possui o objetivo de desarraigar o modelo de reparação de atos processuais de seu caldo cultural, para semear as bases de sistema efetivamente renovado, calcado na ótica constitucionalizada do processo penal.

Não é por outro motivo a escolha de Binder como ponto de partida.

Entre os variados autores que tratam do tema, o autor é radical na efetivação das garantias, pois rechaça os conceitos mais comezinhos das nulidades, repensando-os individualmente. Sua proposta, ainda que abra espaço para certas críticas, possui o valor de ultrapassar as conclusões da dogmática dominante. Seu conciso ensaio, tantas vezes referido neste trabalho, é marco de iconoclastia e deve ser enfrentado por quem pretenda debruçar-se sobre este objeto de pesquisa.

A expectativa é que a pesquisa possa contribuir de alguma forma para estimular os debates sobre a intrincada temática das nulidades processuais penais. Pensa-se que é na pesquisa acadêmica que se podem produzir ranhuras no obscurantismo punitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- _____. *Introdução ao direito processual penal*. trad. Fernando Zani. revisor Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação Penal Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. trad. Aluísio Pereira de Menezes, M.D. Magno e Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. O papel do novo juiz no processo penal. *in*: MIRANDA COUTINHO, J.N. (coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PLETSCH, Natalie Ribeiro. *A formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007.
- TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Sobre a construção de sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia*. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado V. 2*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TREVES, Renato. *Sociologia do Direito. Origens, pesquisas e problemas*. Trad. de Marcelo Brachini. Barueri; Manole, 2004. p. 217.