

**RICARDO JACOBSEN GLOECKNER**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Mestre em Ciências Criminais

pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Especialista em Ciências Penais

pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais

da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Advogado Criminalista.

# NULLIDADES NO PROCESSO PENAL:

INTRODUÇÃO PRINCIPOLÓGICA À TEORIA  
DO ATO PROCESSUAL IRREGULAR

2013



EDITORA  
FODIVM

*João S. Nitzsche Neto*

CAPÍTULO III  
UMA NOVA TEORIA  
DAS NULIDADES E SUA ADEQUAÇÃO  
À INSTRUMENTALIDADE  
CONSTITUCIONAL  
DO PROCESSO PENAL

O presente capítulo terá o objetivo de adequar a teoria das nulidades à sua instrumentalidade constitucional. Para tanto, será apresentada uma nova base principiológica<sup>1</sup>. Como se pode perceber no capítulo precedente, a teoria das nulidades estava amparada em princípios que não se coadunam com o papel de proteção do hipossuficiente a ser desempenhado pelo processo penal.

Desta arte, a tarefa restará conclusa no momento de se perquirir o alcance desta nova base epistemológica da teoria do ato irregular. Os novos princípios em matéria de nulidades e que servirão de substrato para o processo penal tem como pressuposto elementar a sua adequação à instrumentalidade constitucional do processo penal.

Assim, cabe antes mesmo de ingressar no terreno dos novos princípios, uma retomada de tal aspecto primordial do processo penal. É o que será realizado no próximo tópico.

**1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL: LEGITIMAÇÃO DESDE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: A FORMA E A PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO PROCESSUAL**

Como enfrentado até aqui, procurou-se ao longo da investigação, delinear-se a necessidade de uma teoria das nulidades vinculadas a um processo acusatório. O processo penal se erige como uma forma de controle jurisdicional ineliminável. A legitimidade da aplicação da pena depende, sobretudo do respeito aos preceitos elementares que constituem a espinha

1. Isso pelo fato de que aponta Coutinho "o sistema de nulidades é instituído sempre por meio de princípios"; COUTINHO, Aldacy Rachid. *Inutilidade Processual: um estudo para o processo do*

dial, mas o respeito às formas preestabelecidas. Todavia, este respeito pelas regras do jogo não se confunde com legalismo. As formas são organizadas a partir da proteção de valores cujo respeito é de interesse predominantemente público<sup>11</sup>. Nesse diapasão, mais do que se chegar a um veredicto de culpabilidade importa sinalizar com as proteções ao normal desenvolvimento processual assim como o repúdio ao eficientismo<sup>12</sup> persecutório, responsável pela desformalização material do processo penal contemporâneo<sup>13</sup>.

A nulidade então corresponde a uma declaração de inidoneidade do ato processual para gerar efeitos. Quanto mais apurados os limites às práticas dos atos processuais, mais vinculada estará ao sistema acusatório. Quanto mais vinculada a um aproveitamento de atos irregulares está a teoria das nulidades, mais próxima de um amorfismo e mais arraigada estará num modelo inquisitório. De fato, o que é preciso salientar é a circunstância de que o respeito às formas acaba apontado - na mais das vezes pelo discurso eficientista - como formalismo iníquo. Obviamente, a forma pela forma, ou o formalismo exagerado também pode representar uma violação a determinadas garantias, como por exemplo, a razoável duração do processo. De mais a mais, a própria declaração de nulidade poderá servir a fins espúrios ao modelo acusatório, como sucede com a nulidade motivada principalmente pelo refazimento da colheita probatória e pela possibilidade de retirada de novo material apto a ensejar vínculos fáticos de culpabilidade do imputado. Desta maneira, quando se está a falar em respeito à forma, não se pode cair no erro de se reduzir a complexidade da matéria a um sincretismo simplório, que significaria um retorno ao formalismo exagerado, que também compromete a instrumentalidade constitucional do processo penal<sup>14</sup>.

11. Para Iasevoli o princípio de legalidade processual derivaria do Estado de direito, cujo reclamo justificaria em determinado grau a existência de uma legalidade em sentido substancial, inerente, sobretudo, à distinção entre disposição e provimento, em particular, referente à comparação do ato e da lei IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 61.

12. "El eficientismo penal busca hacer más rápida y eficaz la respuesta punitiva, limitando o suprimiendo garantías sustanciales o procesales que han sido establecidas en la tradición del Derecho penal liberal, en las Constituciones y en las convenciones internacionales". MOCCIA, Sergio. *Seguridad y Sistema Penal*. In GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. el discurso penal de la exclusión. v. 2. p. 305.

13. "O processo penal que se tem hoje, então, dentro de um Sistema Inquisitório - ninguém mais duvidaria que se está nele se a gestão da prova estiver, em prevalência, nas mãos do juiz (Cordero) - responde bem ao modelo imposto pelo neoliberalismo, razão por que é tão difícil de ser mudado". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito Penal e Reforma Processual*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 16. n. 3, 2006. p. 390.

14. Nesse sentido, é perceptível a existência de pelo menos dois prismas diversos sob os quais se pode entender o processo penal. De acordo com Garofoli no processo penal se defrontam duas opostas visões da máquina penal: para a primeira, o processo é instrumento do lita contra o crime, e se

O modelo de processo penal brasileiro, como amíúde referido, baseia-se numa redução ao mínimo exigível das nulidades. Da mesma forma, para além da normativa brasileira contemplar insuficientemente a matéria das nulidades - se se tiver como balizamento o advento da Constituição da República de 1988, - a própria jurisprudência se encarrega de sufragar um primado da "finalidade atingida", privilegiando uma "estética da convalidação". A assunção do princípio da instrumentalidade das formas, para muitos doutrinadores expressão do modelo constitucional e democrático de processo penal, relativiza o defeito do ato em prol de uma obtenção de fins a qualquer custo, bem ao gosto da política de eficiência<sup>15</sup>.

Torna-se cristalino o fato de o princípio da instrumentalidade das formas ser incompatível com um modelo de atos processuais constitucionalmente amparado. A instrumentalidade constitucional do processo penal não é compatível com o primado eficientista da relativização das nulidades absolutas, como poderia ser chamado o princípio da instrumentalidade das formas<sup>16</sup>.

O atual tratamento doutrinário e também legislativo da matéria relaciona distintas formas de saber penal, a elencar-se: (a) de um lado, a matéria das nulidades agrega e haure boa parte de seu desenvolvimento científico junto aos defeitos dos negócios jurídicos<sup>17</sup>, ocorrendo uma transposição de conceitos privatísticos<sup>18</sup> ao cerne do processo penal, matéria de direito público por excelência (Guarneri); juntamente com essa problemática,

assume no brocardo 'todos os culpados devem ser punidos', para a segunda, ao invés, o processo é um complexo de garantias de tutela do cidadão, sintetizável na máxima 'todos os inocentes devem ser protegidos'. São estas as tradicionais ideologias do processo penal. GAROFOLI, Vincenzo. *Giudizio, Regole e Giusto Processo* i Tormentati Itinerari della Cognizione Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLIII, 2000. p. 513.

15. Para Siracusano o discurso sobre as formas processuais enfatizou intoleráveis inconvenientes conexos à genérica e imprecisa configuração si mesmo. A adoção de conceitos elásticos na determinou disfunções crônicas na disciplina dos atos, criou inadequações incorrigíveis na organização das fases processuais, provocou situações de inquietante incerteza na aplicação das normas. A configuração viciosa das formas, imposta pela lei e pela obra do legislador, parvamente em suma, a via do abuso por obra das partes e do juiz. SIRACUSANO, Delfino. *Problemi Attuali della Descrizionalità in Diritto Penale* (Spunti Processuali). In *L'Indice Penale*. a. X, n. 2, 1976. p. 48.

16. Para Amadio o perigo é aquele de um rito baseado na economia das formas, o que abriria as portas para o arbitrio. AMADIO, Eraldo. *Crisi della Legalità Processuale*. Filosofia della Rassegazione e Auto-evolezza dei Giuristi. In INSOLERA, Gaetano. *Riserva di Legge e Democrazia Penale*. Il ruolo della scienza penale. p. 88.

17. Para Del Pozzo é evidente que na construção processual da invalidade dos atos, a doutrina importou da dogmática jurídica geral os seguintes conceitos, dos quais faz aplicação particular: a) vícios do ato jurídico; b) nulidade do ato jurídico. DEL POZZO, Carlo Umberto. *Le Impugnazioni Penali*. p. 24.

18. Como destaca Clément, o princípio *pas de nullité sans grief* é próprio da teoria do direito privado. CLEMENT, Gérard. *De la Règle "Pas de Nullité Sans Grief"* en Droit Judiciaire Privé et en Procédure Penale. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n.3, 1984. p. 434.

outra reside. Trata-se do acoplamento daquele conteúdo privatístico sob a forma de um modelo de processo penal inquisitório (amórfico). Reunidos dois elementos aparentemente contraditórios (a contradição é meramente aparente, já que o prisma privatístico pode ser facilmente absorvido pela tradição de ilegalidade inquisitória), a teoria das nulidades é montada tal qual um palimpsesto.<sup>19</sup>

No Brasil, o Código de Processo Penal, está montado sob os princípios do Código de Processo Penal italiano, o Código Rocco. A redução das nulidades ao mínimo indispensável seguiu bem o exemplo da Itália. E assim, tem-se um sistema cujo alicerce principiológico é o da defesa social<sup>20</sup>. De acordo com Pressuti, o princípio da defesa social, "de quem o fascismo se apropriou como herdeiro dos endereços positivistas, filtrou cada instituto necessário para a atuação daquilo que foi considerado o fim proeminente do processo penal"<sup>21</sup>. Como se pode perceber, se a linha da defesa social pode adotar os princípios em matéria de nulidades que se desenvolveram ao longo do tempo, é inegável que não se pode sustentar um regime acusatório envolto nos mesmos princípios. E mais do que isso: a ideologia da defesa social (Baratta) se apropriou dos postulados em matéria de nulidades pelo discurso inquisitório. O fio vermelho que perpassa ambas as disciplinas é exatamente a noção de convalidação, que permite a fluidez e maleabilidade dos vícios de forma. Ou bem a normatividade das regras que tutelam o justo desenvolvimento do processo é aplicada ou bem não é. Um mesmo sistema de princípios não pode servir ao regime acusatório ou inquisitório, a um modelo processual ancorado na legitimidade constitucional ou na perseguição penal a qualquer preço. Desta maneira percebe-se como a ausência de compromisso crítico por parte da doutrina em sua relação com os princípios estruturantes em matéria de nulidades compromete cabalmente o tratamento da disciplina, principalmente a partir do advento da Constituição da República de 1988.

19. Não se pode esquecer-se da advertência de Ramos, de que o tratamento das nulidades nasce com a escolástica cristã, facilmente se amoldando ao discurso inquisitório, que absorve a "estética da nulidade dos atos jurídicos de irregularidade de atos jurídicos em geral." "No direito civil, a teoria da nulidade dos atos jurídicos é contribuição indiscutível dos doutrinadores cristãos." RAMOS, João Galberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*, p. 50.

20. Para Sabatini a finalidade do processo penal é a concreta atuação do ordenamento jurídico-penal, correspondentemente ao interesse geral do Estado a que tal ordem seja respeitada e implementada. PRESSUTI, Giuseppe. *Trattato dei Procedimenti Incidentale nel Processo Penale*, p. 17.

21. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, a. xix, 1976, p. 1201.

Importante afirmar que o próprio princípio da instrumentalidade das formas é proposto, pela primeira vez na Itália, como atesta Leone, por Garofalo. Subserviente à ilegalidade congênita, o sistema das nulidades próprio da ideologia da defesa social e que encontra no Código de Processo Penal brasileiro sua manutenção, prima pela ausência de limites jurídicos. De acordo com Costa Andrade, "em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal"<sup>22</sup>. Todavia, o sistema de nulidades brasileiro se caracteriza pela relativização desses limites ao poder estatal. A forma mais agressiva disposta nesta temática, em detrimento dos direitos fundamentais é o princípio da instrumentalidade das formas, consolidada na Itália, inclusive como uma espécie de sanatória geral. Além desse princípio, o desenvolvimento dos conceitos de "mera irregularidade" e nulidade relativa contribui sensivelmente para que o aludido sistema esteja cada vez mais apto a contribuir para um regime de nulidades absolutas cada vez mais restritas. Assim, um sistema de nulidades destinado a preservar os direitos fundamentais não comporta trivializações, nem pode ser considerado, como faz boa parte de uma doutrina desatenta às garantias constitucionais, mero ritualismo<sup>23</sup>.

Esta concepção das nulidades como meros registros de funcionamento legal, o que significa tratá-las como acessórios dispensáveis e formais, entretanto, enfim, à busca pela verdade material<sup>24</sup> corresponde em que pese alguns mascaramentos conceituais, ao mesmo tratamento das formas processuais dispensada pelo Código Rocco, que, todavia não inova na matéria. O que faz o referido diploma legal é expressamente tratar o acusado como mero

22. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 22.

23. "Debemos reiterar que las formas procesales no responden a un mero ritualismo, no constituyen una sacralización del rito por el rito mismo, por el contrario, por medio de ellas el proceso penal, como instrumento protector de garantías constitucionales, adquiere el orden y la disciplina necesarias para recorrer regularmente todo ese tramo existente entre el acaecimiento del hecho y la sentencia." CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* p. 35.

24. De acordo com Pressuti a tradicional função das formas não poderia passar indene por uma concepção que degradava os direitos subjetivos do acusado a direitos reflexos e interpretava as liberdades individuais como resultantes da proteção do Estado e destinada à realização do interesse social. As nulidades transformaram-se em um conjunto de vínculos, verdadeiros entraves que impediam o caminho para a justiça mediante a realização da verdade material. Nesta atuação a qualquer preço da pretensão punitiva do Estado, com efeito, se pode querer ver uma única justificação para a solenidade das formas, não mais postas para a proteção dos interesses do imputado mas consideradas como as maiores garantias da exemplaridade da justiça punitiva. PRESSUTI, Adonella. *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, a. xix, 1976, p. 1201.

objeto de investigação e consolidar o processo penal como instrumento repressivo. Algo que em absoluto é desconhecido do sistema criminal clássico aos manuais mais comzeinhos, a teoria das nulidades é construída de forma contínua sob os mesmos alicerces epistêmicos. Os princípios de fundamentação da teoria das nulidades processuais são os mesmos, com diferenças de menor importância, em diversos países ocidentais que adotam o modelo continental. E isto representa um enorme déficit entre as garantias processuais penais que surgem com o neoconstitucionalismo pós-guerra e seu tratamento teórico eclipsado em vetustos brocardos e velhas idéias, que acabaram por permitir a criação de um verdadeiro "palimpsesto" no que diz respeito às nulidades e sua formulação teórica.

A atual consolidação da teoria das nulidades processuais penais é um misto que incorpora a teoria dos atos jurídicos em geral (portanto tendo como regra básica uma linhagem privatística) à teoria geral do processo, à utilização de categorias simétricas no processo cível ou penal). Finalmente, a ornamentação que lhe dá a teoria geral do processo permite fabricar princípios "universais" em tema de nulidades. O artifício teórico que sedimenta as categorias próprias do direito privado é absorvido pelo discurso inquisitorial moderno<sup>25</sup>, o que garante a "funcionalidade do sistema" quanto ao seu aspecto eficaz.

De fato, a visão que concebe as nulidades como meros aspectos formais e solenes, exigindo-se o abandono da legalidade para se operar com a funcionalidade sistêmica correlaciona-se com a estrutura epistêmica do processo como máquina de apuração da verdade.

Se se tiver em mente o aspecto da estrita jurisdicionalidade que funda o processo penal como redução de danos, as nulidades devem surgir como mecanismos de instrumentalização da verificabilidade empírica do fato delituoso, minimizando os espaços de disposição do magistrado, que correspondem a lacunas, possibilitando o surgimento de poderes arbitrários. De acordo com Pressuti, o tema das nulidades está vinculado ao princípio da economia das formas, resultando em importante tensão nas atividades estatais: o fato é que uma barreira legislativa em vista à verificabilidade dos casos de nulidade criaria um freio na natural expansão do dito princípio da

economia das formas que se põe como fundamento 'de todas as atividades do Estado' cujo terreno processual penal não se cansa de fornecer relevantes comprovações<sup>26</sup>. A repressão ativa e implacável contra a criminalidade - que passa dos inimigos do Estado à criminalidade organizada e um novo retorno dos inimigos agora sob a forma do terrorismo - repudia qualquer concepção da nulidade como limitação ao poder. É preciso salientar que um processo calcado em uma instrumentalidade constitucional não se satisfaz tão somente com uma organização sistemática das nulidades. O que de fato não era estranho ao modelo inquisitorial. O problema se dá no uso e extensão dos regimes de exceção, verificável sob o prisma das exigências de prejuízo, da convalidação dos atos e da finalidade atingida. Uma vez mais, esta análise pode ser corroborada pelo pensamento de Pressuti, que destaca que aquela que era considerada a aspiração legítima para liberar o processo penal da armadilha de uma regulamentação meticulosa das nulidades se transforma com o fascismo, no protesto para se construir um direito processual capaz de 'realizar sem percalços, uma exemplar repressão da criminalidade'<sup>27</sup>. Esta vinculação do modelo repressivista a uma teoria *soft* das nulidades aparece como exigência de renovação do aparato estruturante do Poder Judiciário.

O surgimento e o desenvolvimento de uma teoria da administração da justiça aplicada à teoria das nulidades é responsável pela suavização de sua aplicação nos casos submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário. Simplificação de procedimento, redução de recursos, expansão do princípio da instrumentalidade das formas, incremento das limitações à admissibilidade dos frutos da árvore envenenada no que diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, prevalência das nulidades relativas em detrimento das absolutas, o conceito de mera irregularidade que ingressa na seara processual como substitutivo da controversa categoria da inexistência são apenas alguns exemplos desta transformação.

A teoria das nulidades se encontra intensamente ligada ao tema dos atos processuais cujo desdobramento requer também, uma reflexão acerca da natureza jurídica do processo. A concepção predominante de processo que o concebe como uma seqüência de atos judiciais é incapaz de sentir e permitir uma análise das nulidades que não seja uma mera deficiência na realização dos atos. Todavia o processo não é mera seqüência de atos e tampouco os atos processuais isoladamente concebidos podem servir de parâmetro para

25. Por discurso inquisitorial moderno quer-se referir ao momento processual caracterizado pela

superação da Santa Inquisição, concebida como tal, sem rodeios e floreios teóricos. Tal superação não significa a "morte" do modelo processual, que sobrevive, mascarado principalmente pela recusa a se enfrentar o núcleo do sistema consubstanciado na gestão da prova. Em termos de nulidade, é possível identificar-se, no sistema inquisitorial um repêndio à forma processual, elemento essencial ao bom funcionamento do sistema.

26. PRESSUTI, Adonella. Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali. In

*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, a. xix, 1976, p. 1210.  
 27. PRESSUTI, Adonella. Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali. In  
*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, a. xix, 1976, p. 1202.

uma reformulação da teoria das nulidades. Aqui, o recurso à teoria da situação jurídica de Goldschmidt permite sinalizar com a circunstância de que ao contrário do que demonstram doutrina e jurisprudência dominantes, o processo é dinâmica. E assim sendo, os atos isoladamente concebidos não servem de ferramenta para se calcular, por exemplo, a extensão da contaminação dos atos subsequentes.

De acordo com Schmidt, os atos processuais são "aquellas formas de conducta constitutivas del proceso que son regladas por el derecho procesal como presupuestos y efectos"<sup>28</sup>. Apesar da filiação de Schmidt à teoria da situação jurídica, percebe-se a manutenção da estrutura tradicional dos atos jurídicos. De acordo com Goldschmidt, os atos processuais seriam: "aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o dispensas de cargas"<sup>29</sup>.

Os atos judiciais, mais do que um aglomerado de elementos cuja realização defeituosa não permite a geração de efeitos interage diretamente com as expectativas processuais. Nesse sentido, com a referência à teoria da situação jurídica, muitas vezes se alterará a extensão desses efeitos, já que o que se atinge, para além dos elementos formais dos atos é a expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável. Para além, como demonstra Cordero é ato cada emissão verbal ou gesto regulado pelas normas processuais, se se requer ou não um elemento psíquico, depende de cada modelo<sup>30</sup>. Um dos motivos pelos quais parece impossível a fixação de uma estática das nulidades fulcra no ato processual defeituoso, isoladamente concebido como na teoria da relação jurídica é justamente o de que os atos são constituídos pela linguagem. O ato processual não é outra matéria que não a vazão verbal das partes e do juiz, pintados e temporizados pela passagem do fluxo ao símbolo escrito. À evidência que o fluxo verbal é muito mais do que aquilo que foi traduzido no processo pelas atas de audiência, pelas decisões interlocutórias, por petições das partes. Esta é apenas a concretização da fluidez processual, muito bem percebida pelo processualista italiano e que corresponde à sua grande percepção ao permitir, pela contemplação teórica, relacionar processo e psicanálise. Pode-se afirmar, portanto, que o defeito de um ato não significa apenas a sua prática disforme. Representa a possibilidade que pode comprometer o equilíbrio

processual, daí por que a nulidade não é apenas uma garantia, mas possibilita o controle e a gestão das chances processuais bem distribuídas.

Um dos problemas centrais para a empreitada de uma reformulação da teoria das nulidades é a submissão da doutrina e jurisprudência dominantes a uma espécie de dogma da teoria da relação jurídica bem como a estática processual que a alimenta. Demais disso, a simplória equiparação da nulidade com a perda de efeitos dos atos, passando ao largo da problemática da validade do ato emperra numa outra constatação denunciada por Cordero há bom tempo. Trata-se de que todo efeito jurídico não passa de uma metáfora<sup>31</sup>. Problema que se repete com a dicotomia questão de fato e questão de direito no tratamento dos atos jurídicos em geral<sup>32</sup>.

Como metáfora, o efeito do ato não pode ser configurado como algo "natural". Pertence ao campo do simbólico por excelência. A tentativa positivista de naturalizar algo artificial por excelência como a dinâmica processual e a respectiva tentativa de domesticar a extensão dos defeitos é algo preocupante. O primado de uma técnica processual – administração de justiça – como o correlato da eficiência e da própria perda da capacidade do julgar (H. Arendt) demonstra a subserviência da teoria das nulidades em seu atual desenvolvimento como ferramenta para qualquer obra. A dupla fundação sobre o arsenal privatístico e o seu funcionamento submetido ao modelo inquisitorial permitem o seu constante rearranjo de acordo com conveniências de política criminal, principalmente.

Desta forma, o funcionamento da teoria das nulidades absorvida por uma espécie de paternalismo judiciário<sup>33</sup> (como é o caso da gestão da prova e do sistema inquisitorial conexo) toma conta do cenário judicial brasileiro. Justamente a liberdade de atividade do magistrado é limitada por uma teoria

31. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*, p. 12.

32. Segundo Cordero ninguém, com os olhos abertos acredita mais na identidade texto-norma, justamente devota da Lei e desua relativa mitologia ou até mesmo nas histórias que se sucederam na Escola da Exegese sobre ser a hermenêutica uma ciência exata: de uma fórmula nascem tantas normas quanto são os textos dissidentes; até que não sobrevenha um fato abrogativo: os textos perdem os seus sentidos mas o sentido muda e correlativamente variam as normas, no tempo e no espaço; em mãos de um tribunal paranoicamente reacionário o art. 528 c. p. incrimina até mesmo o livro *os flores do mal*. Leituras críticas ou inspiradas num zelo progressista diluem-se produtos mentais. Os únicos que disso não sabem parecem ser alguns velhos magistrados inclinados ao protesto coletivo. Cordero com isso não acredita estar postulando uma nulística equivalência das conclusões: para o processualista italiano desfilam muitas, diversamente classificáveis; algumas, soam bem, outras menos, numa gama que varia do óbvio ao delirante; necessita-se penetrá-las, mas, como é óbvio, sejam mais ou menos razoáveis, contem aquelas impostas desde os bancos judiciais. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*, p. 17-18.

33. Para uma concepção de processo penal que atribui ao juiz o exercício de uma função de *dominus*...

forte das nulidades. Consoante Foschini um dos campos nos quais se exerce este lamentável paternalismo judiciário é naturalmente aquele constituído de princípios e normas que limitam a liberdade do juiz porque asseguram e regulam, no processo, a função defensiva<sup>34</sup>. Se a nulidade pode ser considerada uma garantia, bem como representa um limite à atividade jurisdicional (outorga de legitimidade à pena pelo desenvolvimento válido e regular do processo), evidentemente que a pouca atenção que lhe é dispensada marca um problema de atuação desmesurada do magistrado, denunciada por Foschini como paternalismo judiciário.

De acordo com Prado, "assim, 'as regras do jogo' não se concretizam sem a interferência dos sujeitos que participam do processo, não há dúvida de que são os atos que estes sujeitos praticam que dão de diferenciar os vários modelos processuais"<sup>35</sup>. Evidentemente, a admissão processual de atos irregulares demarca uma patologia endogenética ao processo, capaz de criar constantes espaços de disposição (Ferrajoli) do poder. O resultado é o incremento de uma morfologia do processo infensa a limites claros. Além da insegurança gerada sobre o que é passível de controle sobre a forma, não se sabe bem ao certo o objeto de invalidade. Novamente, de acordo com Foschini, o problema principal do paternalismo judiciário é aquele próprio da tradição inquisitorial, com uma atividade sempre autoritária do juiz<sup>36</sup>, não raro a tutelar um Estado ético<sup>37</sup>.

Dentro desta perspectiva de paternalismo judiciário, o tema das nulidades devém no que diz respeito ao problema da proteção à forma dos atos processuais, um aspecto central, já que é conhecida, enfim, a oposta tendência a desconhecer as mais graves nulidades e assim, excluir os derivados efeitos quando a própria nulidade protege atos praticados pelo juiz<sup>38</sup>. Assim, autoriza-se o funcionamento de um processo penal pautado por uma espécie de regime de exceção permanente, no qual cada vez mais se estendem as hipóteses de aplicação de "excluídos de ilicitude dos atos processuais" realizados defeitosamente. E isto implica, ao menos potencialmente, uma restrição a direitos fundamentais sem ao menos existir exceção expressa para tanto. Segundo Cornejo, parece impossível uma declaração

34. FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. p. 294.

35. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. p. 105.

36. FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. p. 293.

37. Para Cusimano o princípio inquisitório, definitivamente renegado pela concepção democrática, como resíduo de um ordenamento incivil e degradante, reaparece na forma do processo totalitário persegue. CUSIMANO, Franco Antonio. *Il Problema della Giustizia nel Rapporto Processuale*. p. 215.

de nulidade que não seja de igual maneira uma proteção de algum princípio constitucional<sup>39</sup>. Apesar de o processualista portenho levar ao extremo a constitucionalização das formas processuais, suscita-se uma questão de extrema relevância. Não deveriam estar expressamente previstas as fórmulas de aceitação de atos processuais a princípio inválidos? E para além, não haveria a necessidade de autorização constitucional expressa para não se declarar como inválidos atos processuais praticados em desalinho com a sua expressão normatividade?

A instrumentalidade constitucional erige-se a partir de um controle rígido sobre o desenvolvimento do processo. Por isso, em específico, o tema das nulidades adquire tamanha importância. É claro que dentro de um contexto geral, a nulidade por ser uma garantia, está amparada na Constituição da República. Todavia, a sua radicalização, que significaria que toda nulidade seria uma violação à própria Constituição da República, enfrenta os problemas já referidos quando da análise da nulidade como tipo constitucional. As nulidades são instrumentos de concretização dos princípios constitucionais e não a própria Constituição da República. Enfim, há um evidente nexos entre a instrumentalidade constitucional do processo e as nulidades processuais. Esta é a sua base de sustentação. Por isso, ao perceber-se que o atual tratamento das nulidades no Brasil não permite edificar-se a aludida sustentação, há a necessidade de desenvolvimento de novas normas de orientação e de reestruturação<sup>40</sup>.

A seguir, então, serão examinados os pressupostos e os princípios fundacionais de uma teoria das nulidades amparadas em uma instrumentalidade constitucional.

## 2. UMA TEORIA INTEGRADA DAS NULIDADES E DA ILICITUDE DOS ATOS PROCESSUAIS IRREGULARES

Como ficou demonstrado ao longo do último capítulo a teoria da prova ilícita é uma espécie do gênero nulidade. Com isso se quer referir que ao se tratar da prova ilícita, não se pode desconsiderar os parâmetros da teoria das

39. CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* p. 56.

40. Como sustenta Baum e Marques: "Fala-se em (re)construção, porque é possível que nunca tenha existido uma teoria das nulidades própria a servir o processo penal. Conceitos de existência, validade e eficácia do ato sempre foram buscados no direito civil. Não há dúvida de que a construção de uma única teoria, própria a servir a todos os ramos do direito, seria excelente. O direito penal de lograr muito se o acusado tivesse um tratamento sobre as nulidades semelhante àquele dado ao reclamante na justiça do trabalho, ao réu no processo civil, ao empresário no direito comercial, relativizada - para não dizer manipulada - por conta de uma política criminal do terror". BAUM, Adler; MARQUES, Jader. Um Novo Olhar Sobre as Invalidades no Processo Penal. In *Revista Síntese* de Direito Penal, a IV n. 22. 2003, p. 21.

nulidades. A resistência a um tratamento símile entre as nulidades e a teoria das provas ilícitas se deve, historicamente, à preocupação existente, para a doutrina, de uma separação e classificação teórica que não repercuta da devida maneira nos aspectos do exercício de minimização do poder punitivo.

Para além da elaboração doutrinária de um conteúdo absolutamente diverso entre os atos nulos e a prova ilícita, a matéria requer uma (re)aproximação. A hipótese sustentada na presente investigação parte do pressuposto de que os atos nulos e a prova ilícita guardam uma relação de gênero e espécie. A problemática reside em que a prova ilícita não pode ser considerada sem o exame das nulidades. Isto porque, como já exposto, a ilicitude se dá numa dimensão axiológica (adjetivo valorativo atribuído a um ato) e não no plano da validade. No plano da validade, encontra-se o ato perfeito ou imperfeito, o que culminará com a declaração judicial de nulidade, cabendo ao magistrado nulificar os atos processuais contaminados pela irregularidade verificada. De igual forma, a teoria da prova ilícita guarda um tratamento particularizado, com princípios próprios, que não podem ser meramente transpostos para o plano das nulidades.

Desta maneira, exige-se um algo a mais em relação à disciplina codificada das nulidades, que não pode ser subsumida sob o tratamento normativo dispensado pelo Código de Processo Penal brasileiro. A prova ilícita possuirá preceitos e princípios particulares, cujo efeito o reconhecimento da ilicitude determinará a invalidade do ato probatório, culminando com a declaração judicial de nulidade.

Existem duas grandes diferenças apontadas pela doutrina para sustentar a divisão comumente aplicada à teoria das nulidades e da prova ilícita. A primeira delas diz respeito ao fato de que a prova ilícita, em alguns ordenamentos é tratada como uma sanção processual, que atuaria num plano temporal anterior ao ingresso da prova nos autos processuais. A segunda, diz respeito ao fato de que um possível tratamento das provas ilícitas como espécie de nulidades equivaleria à aplicação da relativização das provas ilícitas e sua subordinação aos princípios de convalidação, interesse e prejuízo, o que incorreria quando de seu tratamento como categoria completamente autônoma. Nesse sentido, possível a colação do pensamento de Maier, para quem, "em derecho procesal se puede decir que la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento"<sup>41</sup>. Corroboram salientar que ambas as críticas já foram a seu tempo rebatidas.

Evidentemente, pelos argumentos já sustentados no capítulo anterior, resta a conclusão de que a teoria da prova ilícita guarda, respeito à teoria das nulidades, uma relação de espécie e gênero. Neste momento, resta apenas a crítica à teoria separationista, o que já foi efetuado no capítulo anterior, como um dos pressupostos de renovação principiológica da teoria das nulidades. A intenção é salientar que os princípios que seguem, para uma reformulação da teoria das nulidades são aplicáveis tanto às provas ilícitas quando às nulidades propriamente ditas, uma vez que não se tratam de fenômenos jurídicos completamente isolados. Neste sentido, o desenvolvimento de uma teoria das nulidades adaptada à instrumentalidade constitucional do processo penal engloba tanto os atos processuais relativos à prova ilícita quanto aqueles vinculados a uma teoria das nulidades em sentido estrito.

### 3. PRINCÍPIOS REITORES DA TEORIA DAS NULIDADES NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL: A NATUREZA DÚPLICE DAS NORMAS RELATIVAS A FORMA

As normas que governam a instrumentalidade constitucional do processo penal, em específico aquelas que tratam do respeito à forma processual relacionam-se diretamente com o sistema acusatório<sup>42</sup> e com os direitos fundamentais, que nem sempre têm uma função exclusivamente processual, senão mesmo material. O sistema acusatório deriva de toda uma gama de proteção ao débil (Ferrajoli), cujo fim último é uma redução de danos<sup>43</sup>, embora se saiba que o direito penal mínimo não passe de um tipo ideal.

42. Como demonstra Montero Aroca, "el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica con la esencia procesal de que ante un tercero imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo, pues algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan inequívocamente a la conclusión que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso." MONTERO AROCA, Juan. El Significado Actual del Llamado Principio Acusatorio. In GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLES CUSSAC, José-Luis. *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Valencia: Tyrant lo Blanch, 2006. p. 319.

43. "El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él realmente existen un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres que suelen incluirse como propios del sistema acusatorio son necesarios para que exista ese verdadero proceso. Algunos de estos caracteres podrían modificarse, que ello impediría la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la existencia del proceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso." MONTERO AROCA, Juan. El Significado Actual del Llamado Principio Acusatorio. In GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLES CUSSAC, José-Luis. *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. p. 320.



As normas processuais que tutelam as formas desempenham papel de salvaguarda tanto no aspecto de direito processual, estabelecendo a regulação dos atos processuais a serem praticados pelo Estado quanto à proteção do indivíduo no que diz respeito à tutela quanto à atividade estatal intrínseca aos direitos fundamentais. Nesse sentido Streck argumenta que "não se esqueça que o Processo Penal deve ser visto, no Estado Democrático de Direito, sob uma ótica garantista/garantidora: deve servir para garantir a realização dos direitos à liberdade"<sup>44</sup>. Esta função protetiva, irradiada pela vinculação do processo penal aos direitos fundamentais permite, no que disciplina a teoria das nulidades, uma constatação de enorme relevância. Os atos processuais penais, diferentemente da teoria dos atos jurídicos em geral estão carregados de uma eficácia constitucional. Por isso é que via de regra merecem tratamento diferenciado. Mas não só. Esse tratamento específico que lhes é reservado tem como ponto de sustentação o que se pode denominar de dupla funcionalidade. Pode-se sustentar que os atos processuais duplamente funcionais são aqueles que registram determinada eficácia tanto no plano processual como no de direito material<sup>45</sup>. O exemplo mais profícuo para se enfatizar essa dupla natureza dos atos processuais penais evidencia-se na prova ilícita. Os atos de recolhimento de material probatório ilícito têm função protetiva no plano da dignidade da pessoa humana tanto quanto no plano de inadmissibilidade desta prova (caráter processual). A mesma testemunha que se encaixe na qualidade de irmão do acusado deve ser assegurada a advertência de que não será obrigada a depor se não desejar<sup>46</sup>. Para além, quando em razão profissional, alguém venha a tomar conhecimento da prática de um ilícito penal, seu depoimento, via de regra estará proibido. Em ambos os casos, o desrespeito à forma acarretará a invalidade da prova colhida (dir-se-á prova ilegítima quando o defeito se der pela violação de norma de caráter processual), gerando uma declaração de nulidade. Percebe-se facilmente que a nulidade como garantia que é, tem por escopo não apenas uma finalidade intrínseca de preservação do normal e válido desenvolvimento processual. Mas atinge também a proteção de direitos que se encontram instituídos constitucionalmente, como é o caso do princípio da legalidade, devido processo penal, ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana, etc.

44. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. p. 256.

45. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 173.

46. Em realidade tal prova testemunhal será realizada sem a tomada de compromisso, pelo que a doutrina costuma denominar como mero informante do juízo. Tal restrição excetua-se nos casos de impossibilidade de se chegar a outras formas de prova quanto ao fato, devendo, nesse caso, a testemunha depor, mesmo contra sua vontade.

A natureza dúplice das normas de direitos fundamentais – dentre elas aquelas relativas aos princípios da teoria das nulidades – estabelece-se também duplamente: (a) num plano jurídico-objetivo e (b) num plano jurídico-subjetivo. O primeiro prisma trata de regras de competência, o que desperta a tutela contra indevidas inserções estatais em zonas proibidas à ingerência<sup>47</sup>. O segundo é sustentado pela atuação do sujeito no endereçamento de pretensões jurídicas destinadas a exigir do Poder Judiciário omissões, reparações, anulações, enfim, toda e qualquer atividade referente à preservação dos direitos individuais frente ao poder punitivo estatal<sup>48</sup>. Esta proteção desempenhada pelos direitos fundamentais justifica-se "tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispostas sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais"<sup>49</sup>.

A justificativa para que exista certa feição material dos princípios reguladores da disciplina das nulidades reside na própria natureza do processo penal como controle jurisdicional indefectível: pelo princípio da necessidade do processo em relação à pena (*nulla poena sine iudicio*), as regras de caráter processual, quando observadas é que darão legitimidade a uma sanção (direito material). Neste sentido, a dupla natureza dos princípios que regem a teoria das nulidades não permite, pelo enquadramento da Constituição da República como o centro do processo penal contemporâneo, uma progressiva perspectiva de redução/relativização de garantias. Nos dizeres de Hassemer, o processo penal deve ser concebido "no sólo como la realización del derecho penal material, sino también como derecho constitucional aplicado o como

47. "Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua aceção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica". SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 329.

48. "Os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)". CANTOALHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 401.

49. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 151.

indicador de la respectiva cultura jurídica o política<sup>50</sup>. No enfrentamento da superação do atual panorama dos princípios jurídicos que orientam a teoria das nulidades, como foi amíúde salientado não se pode conceber que os mesmos princípios a organizar e disciplinar o processo civil sejam simplesmente transpostos para a sede do processo penal. Evidentemente, tal constatação, que pode ser consultada em qualquer comparação principiológica entre obras de processo civil e penal<sup>51</sup> permitiria a conclusão de que a manutenção de um sistema simétrico entre ambos os setores é insuficiente para a realização daquela dupla tarefa creditada às normas regulatórias da teoria das nulidades. O segundo problema, bem mais profundo e enraizado na estrutura processual penal brasileira é a incapacidade crítica que toma conta do cenário nacional, para se perceber que os princípios estruturantes da teoria das nulidades serviram ao sistema processual penal fascista e continuam a produzir seus efeitos no cerne de um processo penal que deveria ser conduzido por parâmetros democráticos. Essa sem dúvida é uma posição de difícil sustentação para aqueles conformados com as regras do jogo e que denunciam a ruptura da tradição e da manutenção do *status quo*<sup>52</sup>.

Se as regras acerca das nulidades possuem uma natureza dupla e conduzem a um juízo de valor sobre a eficácia constitucional, o seu desprezo e o caráter acessório que lhes é dispensado pela doutrina e jurisprudência (principalmente dos tribunais superiores) conduzem a um processo de funcionalização, algo decerto inadmissível em se tratando de direitos fundamentais<sup>53</sup>. Como apontará Canotilho, as regras sobre procedimento estarão calcadas sobre a própria concepção de Estado de Direito<sup>54</sup>, cuja

50. HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. p. 67.

51. Basta a análise das obras referidas para a elaboração do capítulo anterior para se ter notícia de que os princípios das nulidades, no processo civil e penal são praticamente os mesmos.

52. Lassevoli também chama a atenção para a colaboração que certa teoria da norma constitucional - que concebia as normas constitucionais em programáticas e auto-aplicáveis - sustentou por bom tempo uma ideologia autoritária de Estado: o primeiro deceto desta complexa operação cultural foi caracterizado, em verdade, pelo impulso reacionário da Cassação, que na tentativa de conservar a legislação mais vigente, recorreu ao escamoteamento interpretativo da classificação das normas constitucionais em programáticas e preceptivas e, dentro desta última, entre disposições completas e incompletas; isto para limitar a eficácia direta e abrogante. LASSEVOLI, Cielia. *La Nulidad nel Sistema del Proceso Penal*. p. 38.

53. "Os direitos fundamentais são fins em si. No limite, poderia conceder-se que a sua instrumentalidade se limita a serem meios para o cumprimento de deveres superiores... o que de algum modo os contamina da essencialidade, e de modo nenhum lhes dá carácter anclar ou servir. A sua relação directa com a dignidade da pessoa humana impede-lhes uma qualquer funcionalização. Ora os ónus são precisamente reflexos dessa funcionalização, pela qual alguém, para obter uma vantagem, exercer um poder, facultade ou direito condicionados a certos actos devedo, etc., deve realizar um determinado acto jurídico". CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição*. v. II: direitos humanos, direitos fundamentais. p. 220.

54. Para Maier, o processo penal não pode ser pensado fora do contexto do Estado de Direito. MAIER, Julio B. J. *Es Possible Todavía la Realización del Proceso Penal en el Marco de un Estado de Derecho?*

conotação aparece como "devido processo legal", "due process of law", "giusto processo", etc<sup>55</sup>. Os princípios em matéria de nulidades representam vínculos de substância e não meras formalidades, postas a serviço da proteção do indivíduo na preservação de direitos elementares<sup>56</sup>. Evidentemente, a teoria das nulidades bem como de regra o tratamento dispensado ao processo penal não ultrapassou a velha concepção positivista que se assegurava nas regras como fator de sustentação de um aparato "neutro e alheio a qualquer finalidade extrínseca que não a justa aplicação da lei". Obviamente, como prenuncia Streck "a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição da República: a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio"<sup>57</sup>. Daí a importância, para o presente trabalho, da construção principiológica da teoria das nulidades. Em que pese o vetusto tratamento das regras legais que disciplinam as nulidades e para além, mesmo que outras mais afeitas ao sistema constitucional entrassem em vigor em detrimento daquelas, o sistema manteria um funcionamento similar se não houver um realinhamento dos princípios informadores. Daí por que a presente investigação aposta no reequacionamento dos princípios em matéria de nulidades e não tão somente na equacionalização de problemas referentes às regras incrustadas no atual Código de Processo Penal e sua afronta à Constituição da República.

A refundação dos princípios reitores da teoria das nulidades é uma exigência:

(a) de autonomização do processo penal em face do processo civil;  
 (b) de democratização e de paulatino avanço rumo a um modelo acusatório (embora a teoria das nulidades, por si só, não possa alimentar e forjar um regime acusatório);

INVARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. p. 360.

55. "Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 272.

56. "Todos los derechos fundamentales - no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones - equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 22.

57. STRECK, Lénio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. p. 150.

(c) de oxigenação do conceito de forma processual e seu potencial tratamento como matéria das mais importantes no processo penal (e não como mera dezena de páginas dedicadas pelos mais diversos manuais circunstância encontrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos processuais);

(d) de refundação do processo penal a partir de uma instrumentalidade constitucional.

Com efeito, apesar do inquestionável contributo epistêmico que a doutrina constitucional alimentou nos últimos anos, não basta pensar-se a forma como mera aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Para o desenvolvimento teórico do processo penal é preciso ingressar numa discussão profunda sobre a renovação conceitual da temática, sob pena de se mudar a fachada, mantendo-se os mesmos (antidemocráticos e eficientes) pilares, com seus perigosos desdobramentos<sup>59</sup>.

Desta forma, o estreitamento do processo penal aos direitos fundamentais<sup>60</sup> permite, num primeiro momento, justificar no plano sistêmico, a renovação principiológica da teoria das nulidades. Num segundo momento, a refundação dos princípios reitores da teoria das nulidades permite a

58. "De qualquer sorte, não há notícias de que os manuais de direito processual penal, neste espaço de vigência da Constituição, tenham apontado na direção de que seria nulo qualquer interrogatório sem a presença de defensor. Mas - e aqui vai a confissão da crise paradigmática -, bastou que a nova Lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que a polêmica - instantaneamente - se dissolvesse no ar. Sendo mais claro: os juristas preferiam não obedecer à Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o imperio do princípio do devido processo legal, e da ampla defesa: entretanto, com o advento da Lei nº 10.792/03, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram-se os problemas". STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. p. 155.

59. "Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal, las doctrinas 'consensualistas' y 'discursivas' de la verdad que - nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas) - algunos penalistas y procesalistas querrian importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 27.

60. Ainda que se tenha ao longo da investigação se falado aqui e acolá em direitos fundamentais, surge a necessidade de oferecer um conceito suficientemente hábil a servir de escolho à mencionada justificativa sistêmica. Prefere-se utilizar aqui, o conceito de Ferrajoli, para quem "los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 43.

molagem do processo penal no âmbito do Estado Democrático de Direito<sup>61</sup> e sua vinculação ao princípio do devido processo legal e a roupagem substancial derivada da nova acepção que lhe deu as decisões da Suprema Corte (*substantive due process of law*)<sup>62</sup> a partir principalmente dos *Slaughter-House Cases*<sup>63</sup>, que acabaram sendo incorporadas ao conceito do princípio e que atualmente prepondera no entendimento da doutrina constitucional contemporânea. Sem prejuízo desta articulação com a face material da cláusula

61. "Processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privadas da vida, liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao processo da liberdade e da propriedade por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções *justo definido* por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 481.

62. "A teoria substantiva pretende justificar a idéia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o 'processo devido' começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativa-legislativa. Os objectivos a exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições 'estatutárias'. Passou, assim, a falar-se de *processo devido substantivo*. O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto - ou pelo menos não estaria exclusivamente - no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado ('privado da vida, da liberdade e da propriedade') por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a 'injustiça' privando uma pessoa de direitos fundamentais. As autoridades legiferantes deve ser vedado do direito de dispor arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para fazêrem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juizes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como *proteção alargada de direitos fundamentais* e dever nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas. A protecção alargada através da exigência de um 'processo equitativo' significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter 'justo' ou 'equitativo' do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo em seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais (CRP art. 16º). Mas o controlo pontuar-se-á ainda pela observância de outras dimensões processuais materialmente relevantes". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 482-483.

63. "A teoria do *substantive due process* tem as suas raízes na série de casos intitulada *Slaughter-House Cases*, de 1873, quando um grupo de acionistas de Louisiana ingressou com uma empresa para o abate institucionalidade contra lei estadual que concedera monopólio a uma empresa para o abate de animais para consumo alimentar pelo período de 25 anos. Neste julgamento, a Corte entendeu não ser cabível o controle judicial do mérito da lei citada. Entretanto, a decisão vitoriosa o foi por maioria (cinco a quatro), demonstrando o início de um novo tempo na interpretação da cláusula de, havido processo". BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. p. 36.

sua do *due process of law*, no plano processual, principalmente o processo penal se reveste deste necessário entrelaçamento entre instrumentalidade e estrita jurisdicionalidade<sup>64</sup>.

Uma terceira e não menos importante justificativa que torna necessária uma refundação dos princípios reitores da teoria das nulidades vincula-se à relação de proteção dos direitos fundamentais, levada a cabo pela concepção de democracia<sup>65</sup> que se estabeleça. Uma democracia substancial<sup>66</sup> como apontará Ferrajoli, significa a aposta na preservação e na colocação de indisponibilidade de certos princípios elementares, que se fazem intangíveis inclusive frente às decisões da maioria. De acordo com Perez Luño "por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática"<sup>67</sup>.

Tal sentido de democracia, transplantado ao cenário do processo penal sinaliza com: *(a)* consciência de que o processo penal não opera com sujeitos processuais em igual posição, assumindo o acusado uma posição de inferioridade dentro da estrutura cênica processual – daí a necessidade de maior proteção; *(b)* as garantias processuais respondem a níveis de proteção constitucional que se colocam fora do alcance da vontade da maioria; *(c)* a interpretação a ser dada àqueles direitos fundamentais compreende o exposto na letra "a"; trata-se de mecanismos que devem ser empregados no escopo de máxima redução da arbitrariedade do poder punitivo. Nas palavras de Ferrajoli, "los derechos fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley de más fuerte que regía y regiría en su ausencia"<sup>68</sup>.

64. "La garantía de un debido proceso en sus distintas fases (lo que la doctrina anglosajona denomina *due process of law*) y que, a su vez, se desglosa en los derechos, la defensa y asistencia de letrado; a ser informado de la acusación formulada; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; a no declarar contra sí mismo; a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia". PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. p. 81.

65. Como coloca Pulitanò, o grau de democracia da lei depende não do sistema penal, mas da existência de um sistema institucional formalmente democrático PULITANÒ, Domenico. *Appunti su Democrazia Penale, Scienza Giurídica, Poteri del Giudice*. In INSOLERA, Gaetano. *Riserva di Legge e Democrazia Penale: il ruolo della scienza penale*. p. 121.

66. "A razão de ser desta mudança é bem conhecida: a experiência dos fascismos mostrou claramente que a democracia representativa e o consenso popular não garantem, por si só, a qualidade da democracia e a bondade dos resultados da política". ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto. *Democracia con Jueces*. In *Revista do Ministério Público*. A. 24. n. 94. 2003. p. 35.

67. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. p. 21.

68. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 54.

Esta tricotômica concepção de processo penal que agrega a este instrumento democracia, direitos fundamentais e suas garantias representa um ponto de transformação do processo como mecanismo de realização do direito material em um instituto cuja nuance própria é a redução de danos. Como destaca Ferrajoli, "garantía es una expresión de léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo"<sup>69</sup>. Daí por que o sistema de nulidades e principalmente a nulidade em sentido específico são vistos como uma forma de garantia. Trata-se do primado da forma como minimização de danos em detrimento da forma como mero obstáculo à apuração da verdade material. A refundação dos princípios em matéria de nulidades corresponderia a uma adequação à denominada instrumentalidade constitucional do processo penal, ou ainda, a uma reformulação garantista dos pressupostos de base, a informar as questões de invalidade processual. Nesse sentido, "garantismo se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto las de derecho privado como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un 'poder bueno' o, en todo caso, de una observancia espontánea del derecho y de los derechos"<sup>70</sup>.

A quarta justificativa a fim de se encetar uma refundação dos princípios reitores em matéria de nulidades relaciona-se com as posições evidenciadas entre Estado e indivíduo no horizonte do Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito pode ser considerado um sistema político baseado na disciplina legal e no monopólio da força, tomando-se como preocupação primordial se não a erradicação, ao menos a minimização da violência nas relações intersubjetivas<sup>71</sup>. Com isso, não se pode sustentar, como na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal uma irrestrita concepção processual que atesta e afirma a prevalência e predomínio da razão de Estado<sup>72</sup> em detrimento dos direitos e garantias fundamentais que elevam o acusado

69. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 60.

70. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 62.

71. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 175.

72. "Cuando en la lucha por el Estado de Derecho se impone el elemento ideológico en detrimento del técnico se corre el peligro de sacrificar en nombre de determinadas visiones de la justicia, el clima de seguridad imprescindible para el funcionamiento de las instituciones jurídicas; ya que puede ocurrir que ciertas manifestaciones de la lucha por la libertad de los demás, porque los medios para su logro resultan inconciliables con la libertad de los demás, porque los medios para su logro resultan inconciliables con la libertad de los demás, cuando se concibe el Estado de Derecho como mero conjunto de técnicas formales se corre el peligro de que sus estructuras sean incapaces de evitar su transformación autoritaria, y de que llegue a confundirse el respeto por la seguridad jurídica con el mantenimiento del orden público, con el consiguiente deterioro de las libertades fundamentales". PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. p. 243.

à condição de sujeito de tutela e não objeto de "apuração da verdade". A sua hipossuficiência em face da estrutura estatal o coloca numa dimensão a exigir a proteção do próprio Estado contra seus excessos. E necessariamente, desse nítido contorno problemático que assumem os direitos fundamentais, principalmente num cenário de recente e não plena democratização se coloca a maximização da liberdade dos sujeitos postos à experiência de submissão aos rituais de degradação (assim denunciados os processos judiciais pela etnometodologia). Uma vez mais, de acordo com Perez Luño, "los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia"<sup>73</sup>.

Uma quinta justificativa para a refundação dos princípios reitores da teoria das nulidades torna-se importante na medida em que, em tempos de ausência de limites (o que evidentemente não exclui do Poder Judiciário às mais variadas pretensões a serem tuteladas), o freio às atividades persecutórias estatais reveste-se de inegável caráter de proteção ao pólo frágil do processo penal. Nas palavras de Ferrajoli, é preciso frear o caráter arbitrário do poder estatal e "la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal se combina, en sectores relevantes, de la actual cultura política libertista, con la intolerancia frente a cualquier tipo de límites jurídicos y especialmente, judiciales, al poder político y, más aún, al económico"<sup>74</sup>.

A ruptura da forma processual não é apenas produto da sobrevivência dos princípios repressivos jungidos ao Código Rocco revivificado no Brasil. As mais diversas espécies de desmaterialização do processo penal (delação premiada, ampliação do espectro da prisão preventiva, simplificação dos procedimentos (Juizado Especial Criminal), etc., vem paulatinamente comprometendo a eficácia dos direitos e garantias constitucionais. Esse comprometimento desvela uma falência do Estado de Direito, uma vez que "cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de la tutela de los derechos fundamentales"<sup>75</sup>. Assim, a recíproca também pode ser considerada verdadeira. Quanto menor o nível de tutela dos direitos fundamentais, menor o nível de tutela alcançado pelo Estado de Direito. O que dá azo a uma necessária reformulação sistemática dos

princípios concernentes às nulidades processuais penais é o fato de que as garantias processuais também podem ser consideradas como meios de reparação de atos estatais (processuais) praticados em desalinho às expectativas legitimamente mantidas pelos sujeitos quanto à estrita obediência dos procedimentos legalmente estabelecidos. Como destaca Ferrajoli, "son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos), que se generan con la violación de los derechos subjetivos"<sup>76</sup>. Esta a razão pela qual um sistema de garantias (nulidades) não se pode encontrar enraizado em princípios completamente diversos, senão mesmo antagonicos àqueles iminentes a um regime democrático de processo penal.

No momento em que a teoria das nulidades deixa de ser considerada um mero apêndice ou desdobramento da teoria dos atos judiciais - e o tratamento que lhe é dispensado como mero ritualismo a obstaculizar e entrar a apuração da verdade substancial - será possível creditar-se-lhe um papel ativo de proteção aos direitos fundamentais<sup>77</sup>. Na perspectiva da estrita jurisdicionalidade, a teoria das nulidades contribui para a minimização dos espaços de disposição do magistrado. E também, tem por fim a maximização do princípio do contraditório, a exigir a verificação empírica das hipóteses de acusação<sup>78</sup>. Assim, Ferrajoli sustenta que "las garantías penales y procesales son técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces sino que también los sujetan a su función cognoscitiva"<sup>79</sup>. Desta forma, a estrita jurisdicionalidade está intimamente ligada à teoria do ato processual penal defeituoso.

Nesta perspectiva, reatualizando-se a concepção de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório, uma teoria das nulidades fundada em princípios democráticos oportuniza a ampliação desta conotação

76. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 63-64.

77. "Todos los derechos fundamentales pueden, en efecto, ser concebidos como leyes del más débil: como técnicas de tutela de los bienes primarios de todos, sólo en presencia de las cuales se justifica ese artificio que es el derecho positivo. Por 'garantismo' se entenderá, pues, un modelo de derecho fundado sobre la rígida separación de la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantizar de los derechos consagrados en las constituciones". FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 199.

78. "Es posible caracterizar las garantías procesales de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional, la averiguación de la verdad fáctica, es decir, que exigen, en concreto, la verificación por las hipótesis acusatorias de la acusación, y permiten su refutación por parte de la defensa". FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 68.

79. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 217.

73. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. p. 25-26.

74. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. p. 63.

75. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. n. 76.

antissubstancialista. De acordo com o processualista italiano, a ideia de contadório se relaciona com a de procedimento, uma vez que um dos requisitos (de validade e eficácia) daquele ato consiste em que este seja o epílogo de um regular processo: de modo que o vício no qual se incorra na prática de uma atividade preparatória e que não seja reparado no ulterior curso, acaba afetando, passando de um ato a outro do processo, até o final<sup>80</sup>.

A teoria das nulidades passa a assumir, assim, pelo que aqui se sustenta, uma tarefa ligada à jurisdicionalidade, concebida como defesa ante a criminalidade de poder<sup>81</sup>. Segundo Fazzalari o regime de validade e eficácia de qualquer ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede, e influi sobre a validade e sobre a eficácia do ato e dos atos dependentes, que seguem incluindo-se aquele final<sup>82</sup>. Pode-se assim afirmar, que a teoria das nulidades é uma teoria que se compromete com as garantias fundamentais, manifestando-se como um sistema de (des)legitimação dos atos estatais irregulares. Isto, por uma razão elementar. Nas palavras de Castanheira Neves, "não é a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjetivos, são os direitos, afirmados como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica"<sup>83</sup>.

Após esta breve justificativa sobre a necessidade de uma refundação da teoria das nulidades sobre novos princípios, resta ainda, o exame de cada um deles de forma particularizada. Esta será a trajetória daqui para diante.

#### 4. NOVA TEORIA DAS NULIDADES: CONSTRUÇÃO DE UM NOVO SISTEMA PRINCIPOLÓGICO À LUZ DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Como alertado durante a apresentação do último tópico é preciso, a fim de superar os problemas apontados como inerentes à estrutura em que se arvora a teoria das nulidades, a orientação teórica centrar-se sob novos aportes.

O escopo da presente investigação não é e jamais teve como pretensão a mera verificação do modelo normativo brasileiro e sua (in)constitucionalidade. Para além de um juízo de adequação, cujo limite esbarra na norma

pré-dada, pretende-se, neste momento, dedicar-se a elaboração de um sistema de nulidades baseado em princípios diversos. Princípios estes que permitem a vinculação da teoria das nulidades a um regime democrático de processo penal<sup>84</sup>, negando-se a manutenção de um modelo normativo identificado a uma repressivista concepção de processo penal.

A tentativa de minimização e contração do poder punitivo, o respeito aos direitos fundamentais do acusado – que acabam por legitimar o processo penal (instrumentalidade constitucional) – não apenas atestam a tradição ideológica ou mesmo a insustentabilidade de um sistema normativo permeado por lacunas, aporias, capazes de demonstrar a instabilidade de duas orientações diversas representadas pelo espírito do Código Rocco e a Carta de Direitos de 1988<sup>85</sup>.

Demais disso, saliente-se que para além da subserviência do atual sistema de nulidades a uma autoritária visão do processo penal, a sua constituição fragmentada, precária, tal qual palimpsesto, não é hábil a oferecer coerência e autonomia ao processo penal.

Se num primeiro momento o escopo a ser atingido é denunciar o autoritarismo que impregna a teoria das nulidades, capaz de concebê-la como um alargado e radicalizado instituto utilitário, de outro lado é forçoso reconhecer que se não pode – e se não deveria – tratar a temática de forma símile no processo cível ou penal. E ainda, encontrar também na teoria geral dos atos jurídicos uma fonte de legitimação para princípios universalmente aplicáveis às mais diversas áreas. Esta pretensão de edificação de uma teoria uniforme, capaz de se adaptar aos mais diversos ramos jurídicos desvela a sua flexibilidade, uma maleabilidade que, ao desprezar núcleos duros, serve para qualquer objetivo.

O resultado é o de que tais princípios gerais, como é possível encontrar-se em qualquer manual de processo penal ou cível tem as mesmas fontes, procuram atingir os mesmos objetivos, tencionam solucionar e equalizar problemas de mesma ordem. Tudo como se o fundo da questão – a "orientação

84. De acordo com Iasevoli a inviolabilidade tece a trama do sistema democrático, reverberando – nas suas manifestações mais férteis – dentro do ordenamento processual penal, transformando-se em medida de valor do processo. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 29.

85. Segundo Iasevoli nesta dimensão jurídica o 'garantismo' revela as características estruturais e substanciais da democracia, assumindo o significado bifronte de técnica de normatização e contextualmente de limitação dos poderes estatais, especificando o âmbito do objeto da função decisional e a necessidade de tutela da minoria em relação à maioria. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 28.

80. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. p. 90.

81. FERRAIOLI, Luigi. *Democrazia y Garantismo*. p. 212.

82. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. p. 80.

83. CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. p. 107.

finalística" e os direitos fundamentais a ser preservados - pudesse ser equivalente nos mais distintos setores do direito.

Em síntese, há a necessidade de elaboração de uma teoria própria das nulidades processuais penais não apenas para escapar à tradição inquisitório-autonomização e estruturação de normas cujo fito primordial é o desenvolvimento científico do processo penal.

Desta maneira, os princípios e pressupostos que seguem traduzem uma dupla justificativa desde seu nascedouro: por um lado, representam a renúncia a um sistema de nulidades absolutamente subserviente às finalidades mais diversas (e, portanto nada garantindo); de outro, representa a necessidade de uma teoria erigida por regras capazes de oferecer uma mais consistente e autorizada teoria, de forma a permitir o desenvolvimento autônomo do processo penal, não mais jungido a uma teoria geral do processo.

#### 4.1. O princípio da nulidade "absoluta" dos atos processuais penais: independência de arguição de prejuízo e a recusa à instrumentalidade das formas

O primeiro princípio a dar sustentação à teoria das nulidades no processo penal diz respeito à consagração de uma refutação às nulidades relativas. As denominadas nulidades absolutas conservam alguns elementos que se afeiçoam ao processo penal. Insanabilidade, independência da verificação de prejuízo, possibilidade de declaração de ofício pelo magistrado e não preclusibilidade são as suas principais características.

Em primeiro lugar, as nulidades relativas não se adaptam ao processo penal por uma razão suficientemente óbvia: o processo penal não permite o condicionamento da validade dos atos processuais a sanatórias capazes de tornar o ato defeituoso válido, como se existisse um metaprincípio a ornar toda a estrutura do processo penal: a economia processual<sup>86</sup>. A dicotomia

86.

De acordo com Massa há uma interligação entre as nulidades e o princípio da economia processual, tomando-se como pano de fundo o acerto da "verdade", "em substância, no processo em geral e no processo penal de maneira mais acentuada haveria uma concentricidade de duas esferas de interesse: a esfera maior é representada pelo poder incondicionado do juiz de acertar a verdade; a esfera menor é representada pelo poder das partes de buscar o interesse particular segundo o próprio ponto de vista e de assumir, portanto, cada atitude idônea a realizar o referido interesse. A esfera menor pode ser reconhecida até o momento em que não cruza com a esfera maior - e para sair da metáfora - as partes podem agir segundo a própria visão do interesse que perseguem livremente, porque não delimitam, condicionam ou anulam o poder do juiz de acertar a verdade. Neste limite joga a exigência de economia processual, que pode valer até o momento em que não corra o poder do juiz de acertar a verdade. MASSA, Carlo. *Il Principio Dispositivo nel Processo Penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* n. 14 v. 7, 1961, p. 577.

nulidades absolutas x relativas pode trazer contribuições até certo ponto valiosas quando os interesses vindicados no processo são de caráter dispo-nível. No processo civil, se é possível renunciar-se - em alguns casos como aqueles em que se está falando de direitos patrimoniais - ao próprio direito objeto da lide, com muito mais propriedade que os atos processuais devem ser revestidos de menor solenidade.

Por seu turno, no processo penal, no qual inexistente lide e muito menos é possível admitir-se a flexibilização e renúncia a direitos fundamentais, a forma representa a concretização daqueles direitos de índole fundante de instrumentalidade constitucional do processo penal<sup>87</sup>. Não há um objeto de tutela símile ao se falar de processo civil e penal. A construção artificial de um objeto genericamente amoldável a servir de amparo teórico para a teoria geral do processo é a resultante deste culto à "ciência do processo" em detrimento da resposta oferecida. No processo penal, a forma é garantida e, como tal, representa a observância e materialização das cláusulas constitucionais, cujo âmbito de proteção recai sobre a parte hipossuficiente em primeiro plano.

A inaplicabilidade das nulidades relativas, no processo penal, é mantida. Apesar disso, em países como Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, França, Argentina, Brasil, etc., o sistema processual admite e reconhece as referidas nulidades relativas. Neste ponto, portanto, é preciso atacar os principais pontos de apoio das nulidades relativas: sanabilidade, demonstração de prejuízo, finalidade atingida, iniciativa das partes, sujeição à preclusão. De acordo com Hassemer, o processo penal, mesmo que garanta inúmeros direitos, sempre está a sofrer a intervenção política, capaz de distorcer seus princípios mais elementares: "sus principios, aún cuando en un alto grado estén concretados, políticamente siempre están en peligro"<sup>88</sup>.

Com isso, a forma processual penal não é simplesmente uma mera ritualística. Nela cristalizam-se os direitos fundamentais cuja inaplicabilidade fere a própria legitimação da pena. A forma como proteção está associada à imagem do processo penal como instituto de proteção do mais fraco, como observou preciosamente Ferrajoli. Neste sentido, uma vez mais recorrendo-se aos ensinamentos de Hassemer, "las formalidades del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son formas protectoras en

87.

Para lassemer a reflexão evidencia o nexo condicionante entre direitos invioláveis e democracia, no qual a primeira constitui a categoria a priori da segunda e, em tal modo absorvendo conteúdos sistemáticos, perdendo a condição de mera fórmula traslaticia. IASEVOLI, Cielia. *La Nulidad nel Sistema Processuale Penale*. p. 27.

88.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. p. 64.

interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y ante todo, del imputado<sup>89</sup>. Evidentemente, a projeção de uma teoria das nulidades processuais penais que acolha integral e peremptoriamente a categoria da nulidade relativa deveria, num primeiro momento, fundamentar-se sobre a sua própria distinção primária entre o objeto do processo a que pretende se vincular. De acordo com Lopes Júnior, "mais grave revela-se a situação quando cotejada com as absurdas relativizações diariamente feitas por tribunais e juízes, muitas vezes meros repetidores do senso comum teórico, calcados na equivocada premissa da teoria geral do processo"<sup>90</sup>. Esta reprodução tática, esta petição de princípio que involucra o processo penal é manifestamente inadequada à garantia da sua instrumentalidade constitucional.

A distinção entre nulidades relativas e absolutas é fruto do narcisismo epistemológico que procurou simetrizar todas as formas processuais, a fim de lhe oferecer uma teoria geral do processo, capaz de sustentar as mesmas categorias para os mais diversos setores jurídicos. Esta arrogância custou, à guisa de belas formulações e de sistemas binariamente organizados, a falência praxística e o mascaramento de níveis autoritários que ganharam, no processo penal, um aviltamento impensável. Tudo com a permissão que o conhecimento esotérico manifestara, com especial relevo para a cegueira diante de outros conhecimentos "menos nobres que aquele jurídico"<sup>91</sup>.

A constante repetição da diferença existente entre nulidade absoluta e relativa irradia deletérios efeitos ao processo penal, sendo possível atribuir-se inclusive, uma falência da forma como garantida, com a transformação das nulidades em anulabilidades ou ainda, em nulidades relativas, reforçando o já maximizado sistema punitivista brasileiro<sup>92</sup>. Para além das características

89. HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, p. 82.

90. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 381.

91. "E dessa estreita ligação entre democracia e processo penal, os não-juristas parecem mais conscientes que os juristas, como se aqueles fossem mais sensíveis ao significado, se um dia fomos acusados ou vítimas de um crime, do direito à palavra e ao silêncio, do direito de ser defendido, do direito de discutir as provas, do direito enfim de ser julgado por um tribunal independente e imparcial". DELMAS-MARTY, Mireille. *À Origem destes Trabalhos*. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem*: rumo à consciência europeia, p. xvii.

92. "Elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa aquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria de nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo". LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 385. Mesmo no processo civil não é bem distinta a polémica classificação entre nulidade relativa e anulabilidade. Como acentua Polidori atribuir à nulidade relativa uma autonomia dogmática em relação à anulabilidade tem sentido se e como pela sua qualificação em termos de nulidade derivam regras pelo menos parcialmente diversas daquelas onde foi identificada uma forma de anulabilidade mascarada. POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*, p. 89.

que são atribuídas a ambas as categorias de nulidade, existe um problema de ordem fundamental a alicercar e justificar aquelas características diferenciais. Tais características já mencionadas dizem respeito a uma espécie de 'princípio unificador', a dar ensejo aos traços diferenciais. Trata-se do que Polidori denominará de interesse público, a servir de mola propulsora para o reconhecimento de que a nulidade absoluta diz respeito a interesses de toda a coletividade enquanto que a nulidade relativa conservaria uma menor rigidez do ato processual à custa de servir à tutela de interesses das partes processuais, privatisticamente concebidas<sup>93</sup>.

Ignorar a especificidade do processo penal em relação ao nível esbarra obviamente, numa ausência de filtragem constitucional para a consolidação de uma teoria estruturante dos atos processuais. Todavia, esta divisão em proteção de interesses públicos e privados como um metaconceito a dar sustentação às características próprias das nulidades absolutas e relativas olvida-se de que no processo penal, não existe interesse exclusivamente privado. O equivocado transplante da classificação das nulidades é facilmente percebido no momento em que o processo cível é o único a permitir a proteção de interesses disponíveis e indisponíveis simultaneamente. Há direitos, no processo cível, que são absolutamente indisponíveis. Outros, por seu turno, são disponíveis. Daí por que é possível a existência de duas formas de nulidade a tutelar respectivamente direitos de "caráter público" (indisponíveis) e "privados" (disponíveis). No processo penal esta divisão conceitual é contraproducente, o que pode levar à relativização de direitos que não deveriam admitir qualquer forma de negociação<sup>94</sup>. Como assenta Lopes Júnior, "a distinção entre normas que tutelam interesse da parte e outras que dizem respeito a interesses públicos tropeça na descon sideração da especificidade

93. Para Polidori reputa-se necessário descrever a progressiva superação dos critérios distintivos elaborados pela doutrina para atribuir um regime jurídico antitético à categoria de nulidade e anulabilidade, seja através da demonstração que a moderna noção de interesse público, longe de se por em contraposição com a instância individual, presta-se para justificar o estatuto em ambas as figuras, seja clarificando a relatividade de todos os caracteres (felicidade sanabilidade, legitimidade para a ação, etc) que, em perspectiva radical, vem atribuída a uma e negada em relação a outra. POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*, p. 13.

94. Este o principal problema da "adoção de uma espécie de teoria unitária das invalidades no processo penal, preocupada basicamente em oferecer soluções uniformes para o desatendimento às exigências formais da Lei, se levar em conta pelo menos dois dados: primeiro, que cada sujeito processual tem uma gama diferenciada de interesses que estão postos em jogo no processo penal a reclamar uma proteção diferenciada por parte da ordem jurídica; depois, que qualquer teoria da invalidade, no processo penal, deve estar focada, acima de tudo, na necessidade de dar efetividade substancial aos direitos fundamentais processuais que estão assentados na Constituição Federal RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. ALMEIDA, Cibelle Barreto. Nulidades no Processo Penal: d tradicional "Inferno" Teórico a uma Racionalidade Garantista. In MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Leituras Complementares de Processo Penal*, Salvador: JusPodium, 2008, p. 78.



do processo penal, onde não há espaço normativo privado<sup>95</sup>. Com isso se está a excluir a principal argumentação que sustenta o edifício das nulidades relativas: a existência de interesses privados, que ficariam à mercê da atividade protetiva da própria parte, o que em caso de inércia, por exemplo, significaria o desprestígio à forma e o primado de uma nulidade à instância de parte.

Sem embargo do duplo transplante dos fundamentos teóricos da teoria das nulidades (do direito privado ao processo civil e deste ao processo penal), a teoria geral do processo é responsável pela organização sistêmica e conceitual das categorias que acabariam ganhando contornos similares<sup>96</sup>. A inexistência de interesse privado no processo penal é muito simples de se fundamentar. Nas palavras de Lopes Júnior, "a proteção do réu é pública, porque públicos são os direitos e garantias constitucionais que o tutelam"<sup>97</sup>. Esta renúncia a uma teoria geral do processo tem como consequência básica a imprestabilidade da teoria das nulidades amarrada nos conceitos privatísticos de sanabilidade, preclusão, declaração por interesse lógico desloca o sentido da função<sup>98</sup> da nulidade como "teoria utilitária do defeito processual" para colocá-la no centro de tensão entre legitimidade da pena e direitos fundamentais. Em ambos os extremos se têm a pregnância de interesses públicos: do lado da legitimidade da pena, o devido processo é que outorga à sanção a ser aplicada pelo Estado o status de "pena legítima". A obediência aos regramentos e aos princípios elementares do Estado Democrático de Direito é que valorará substancialmente a aplicação de uma pena pelo Estado-juiz. Assim sendo, a validade dos atos processuais é requisito mínimo, embora não suficiente para esta aplicação. Do lado dos direitos fundamentais, o processo penal não pode ser encarado como mera ferramenta à disposição do Estado para punir-se o acusado. A salvaguarda dos direitos fundamentais também é papel a ser desempenhado pelo

95. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II, p. 391.

96. "A categoria das nulidades relativas, por exemplo, é imprestável para o processo penal, pois possui um gravíssimo vício de origem: nasce e se desenvolve no direito civil, com a teoria dos atos anuláveis e nulos, com uma incompatibilidade epistemológica insuperável. Depois, é transplantada para o processo civil, o que em nada atenua essa incompatibilidade". LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II, p. 390.

97. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II, p. 391.

98. Para a função da nulidade, na lógica do direito, parece aquela de separar, no diário fluir da experiência, o ato que, realizando o esquema da tipicidade abstrata, é idóneo para assumir relevância jurídica daquilo que, não integrando as condições de emprego previstas pela norma, se mostra inadequado a produzir consequências apreciáveis para o direito e permanece, em relação a este, mero *quid facti* irrelevante e desqualificando. POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*. p. 14.

Estado. Desta constatação elementar é que se pode afirmar que o interesse em se ver reconhecida uma nulidade, pela deformidade de um ato processual penal jamais ficará restrita ao âmbito de interesse do particular. Há interesse público em toda a erradicação de atos praticados em desprezo à forma que, como exaustivamente mencionado, é garantia. Neste ponto, resulta indubitoso que o sacrifício da forma em prol de uma justificação metateórica fulcrada no interesse particular é inapelavelmente insuficiente para justificar a transposição das nulidades relativas ao plano do processo penal<sup>99</sup>. A dissimetrização dos aspectos teóricos entre processo civil e penal é incapaz de reconduzir a uma unificação axiológica a partir do binário interesse público x privado<sup>100</sup>. Tudo por que no processo penal como controle jurisdicional indispensável (princípio da necessidade do processo em relação à pena), não se pode abrir espaço para a assunção de postulados eficientistas, que encaram a forma como obstáculo à verdade substancial.

É preciso, portanto, para ultrapassar esse obstáculo epistemológico cristalizado na manutenção das nulidades relativas verificar-se os efeitos produzidos no que diz respeito às suas características. Assim, no âmbito deste tópico, serão enfrentados os problemas trazidos pela transposição da nulidade relativa ao campo do processo penal, examinando-se principalmente, suas características predominantes e o desacordo proporcionado no âmbito da já referida instrumentalidade constitucional do processo penal. Para além, forçoso seguir-se o exame do segundo elemento estreitamente relacionado à nulidade relativa: trata-se do princípio da instrumentalidade das formas, que se erige em uma vigia mestra que sustenta aquelas características próprias da categoria mencionada. Finalmente, após esta investigação, serão realizadas as últimas considerações acerca do princípio das

99. "Essas dificuldades naturais, contudo, são ainda agravadas pela falta de um conjunto de regras infraconstitucionais que esteja minimamente alinhado com a Constituição Federal, e sequer atualizado em face das necessidades da vida moderna. O pior, porém, é que nossa doutrina processual penal, como bem denuncia Binder, ainda parece sofrer uma influência muito forte e bastante prejudicial no particular da teoria geral da invalidade dos atos jurídicos e da própria teoria geral da invalidade dos atos processuais no âmbito do Direito Processual Civil". RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; ALMEIDA, Cibelle Barreto. Nulidades no Processo Penal: do tradicional "inferno" Teórico a uma Racionalidade Garantista. In MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Leituras Complementares de Processo Penal*. p. 77.

100. No plano doprocesso civil é perceptível estadivisão a partir dos interesses contrapostos. Segundo Polidori tradicionalmente a rígida predeterminação das estruturas fisionômicas tem a sua justificação no tema segundo o qual a nulidade é remédio preparado para a tutela de interesses supraindividuais (portanto não disponíveis para o contencioso) onde a anulabilidade representa a sede da qual defluem as exigências de proteção dos interesses dos contraentes. POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*. p. 15.

é produto de uma vontade de verdade que tenciona, a todo custo, controlar e tornar ineficazes as formas de contração do poder.

A simplificação procedimental, a flexibilização das instâncias de controle do poder punitivo responde a um imperativo de acelerar a justiça penal. Esta celeridade acentua os traços sintomáticos dos delírios paranoícos, impulsionando a estrutura processual no cerne da evidência, do calor do momento, da especulação, enfim.

Somente uma concepção absolutamente formalista de processo é capaz de sustentar a sobrevivência da preclusão temporal no âmbito do processo penal. Ao contrário do que costuma denunciar aquelas correntes "progressistas" do processo penal, a defesa de uma teoria das nulidades constitucionalmente adequada não é uma concepção formalista de pensamento. Todo o oposto. Não seria mais formalista afirmar-se que a lesão a um direito fundamental deve ser ignorada por que não alegada no momento adequado? Percebe-se nitidamente como o discurso de inversão ganha amplo espaço. Mediante a corrupção semântica, afirma-se que uma teoria forte das nulidades peca pelo excesso de formalismo. E, como demonstrado, não seria muito mais formalista aquela concepção que reduz a violação à forma a um mero momento processual?

O decurso do prazo, neste sentido, conjugaria uma das formas do advento do saneamento da nulidade relativa<sup>102</sup>. Em sentido contrário, a nulidade absoluta seria aquela incapaz de ser saneada não apenas pelo advento do tempo, mas por outras modalidades de sanatória. A doutrina costuma depositar a justificativa para tal diferenciação, como já referido, na tutela do interesse em jogo. A nulidade relativa pode ser saneada por que protege interesses privados, ao passo que a sua vertente absoluta não. O fundamento da impossibilidade de redução desta aos efeitos do saneamento é explicado pela proteção de interesses públicos. Até mesmo no processo civil, como bem aponta Polidori, há uma dificuldade extrema em se apontar a zona de separação do interesse público do privado. No processo penal, então, tal separação seria ainda mais tormentosa: "em tema de invalidade, de modo particular se confirma a impossibilidade de distinguir em termos cristalinios o ponto de emersão do interesse público dos perfis de proteção

dos interesses individuais, com a conseqüente dificuldade de fundar uma ontológica contraposição entre nulidade e anulabilidade"<sup>103</sup>. Por esta razão elementar é insuficiente justificar-se a nulidade relativa com base em tão rudimentar sustentáculo<sup>104</sup>. É preciso uma investigação mais rigorosa a fim de se aventar a possibilidade jurídica ou não do transplante da nulidade relativa ao processo penal, sem deixar de considerar as conseqüências advindas desta escolha.

Esta cômoda explicação baseada no antagonismo interesse público x privado é insatisfatória por que, além de inadequada, procura sintetizar, decaindo num reducionismo e simplismo grosseiros, a mesma dicotomia que prevalece no campo civil. Assim, portanto, não merece prosperar. Isto pelo fato de no processo penal inexistir interesse exclusivo da parte. Sempre haverá um interesse público, podendo-se considerar de semelhante quilate a pretensão de absolvição de um inocente, tanto quanto aquela outra, de punição de um culpável. Aliás, como Ferrajoli expõe cristalinamente, "inclusive a primeira é preferível e se sobrepõe à segunda tutela num Estado Democrático de Direito". As fórmulas consagradas de processo penal, que lhe atribuem a finalidade precíua e exclusiva de erradicação da criminalidade impulsionaram esta dicotomia. O interesse público é o da punição dos culpados. O interesse privado é o do acusado em se defender. Percebe-se que a alquimia semântica incrustada em tal discurso manipula a teoria do processo penal. Com este falseamento torna-se sustentável se afirmar a aludida tensão entre interesses públicos e privados. Nada mais equívocado. A tensão existente no processo penal somente pode ser entre interesses públicos, mesmo na ação penal privada (também inadequada ao processo penal).

A noção de saneamento temporal – outro nome para a preclusão temporal – não pode ser simplesmente explicada pela vinculação de uma dicotômica classificação de interesses processuais, como se toda a dinâmica processual penal pudesse ser subsumida a um modelo metafísico no qual o objeto pudesse, neutra e isoladamente, ser expropriado de suas qualidades

103. POLIDORI Stefano, *Discipline Della Nullità e Interessi Proibiti*, p. 33.

104. Com muita propriedade Cuellar-Serrano atinge o âmago da questão: "parece obvio que no puede calificarse al interés en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos como 'individual', mientras se denomina 'general' al interés estatal de la persecución penal, si no es tras la advertencia expresa de que la salvaguardia de los derechos del individuo es, al mismo tiempo, tanto interés el particular como de la comunidad constituida en Estado de Derecho (art. 1 C.E). Sólo teniendo presente que también la defensa de los derechos constitucionalmente tutelados es interés general puede ser utilizada la expresión 'interés individual' en contraposición con 'interés general' o 'estatal'. De otro modo no podría justificarse su oposición y, menos aún, que los individuales alcancen, en ocasiones, preferencia". GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 245-246.

102. "La falta de una circunstancia formal origina otro tipo de nulidad del acto, que denominaremos nulidad relativa, por su posibilidad de subsanación no produciendo sus efectos normales hasta tanto no hayan sido subsanados, pero una vez que lo sean, los produce desde el momento de su realización; así, una sentencia sin fecha o carente de algún requisito formal y que puede subsanarse mediante aclaración, suplió o ratificación de oficio o a petición de parte". FENBCH, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, v. 1. 521.

nulidades absolutas em matéria processual penal e sua identificação com o processo penal acusatório.

#### 4.2. Nulidade relativa e preclusibilidade de sua arguição: entre a flexibilização das formas e a rigidez garantística

A doutrina costumadamente aponta, como uma das características principais da nulidade relativa a sua preclusibilidade. O instituto da preclusão é tido por muitos como uma forma de sanção processual, juntamente com a nulidade (Pannain)<sup>101</sup>. De uma forma geral, atribui-se à preclusão três formas principais: lógica, temporal e consumativa. Antes mesmo do exame das diversas espécies, cabe um esclarecimento conceitual. Preclusão pode ser entendida como a perda de uma chance processual. Como é impetuoso salientar, a perda de uma chance processual, na dinâmica processual, poderá conduzir a uma vitória daquela parte processual que, mesmo não demonstrando satisfatoriamente um direito, se prevalece no caleidoscópico procedimental, do não aproveitamento das chances do antagonista. Assim, como ilustrado por Goldschmidt, as chances estão ligadas diretamente a expectativas de uma sentença favorável ou perspectivas de outra desfavorável.

Há a perda de uma chance processual, na preclusão lógica, quando a parte processual realiza ato processual absolutamente incompatível com o exercício de outro ato. Quanto a este último, é possível afirmar-se a sua preclusão pela prática de uma atividade processual não apenas estranha, mas também oposta. Assim, um exemplo de preclusão lógica consiste na reatuação da representação, na ação penal pública condicionada, após o oferecimento da denúncia. Também seria vislumbrável na desistência da ação cível pelo autor, com a concordância do réu e no recurso da decisão que acolhe o pedido formulado, recurso este proposto pelo próprio autor. Como se vê, trata-se de interesses conflitantes, pelo que a prática de um ato acaba repercutindo na impossibilidade de realização de outra atividade logicamente incompatível.

Na preclusão consumativa, por seu turno, tem-se a perda de uma faculdade processual pela prática precária de um ato processual. Assim, quando na resposta o réu deixa de opor determinada matéria de mérito, não poderá fazê-lo novamente reprecistando o ato já praticado. O juiz tão somente irá

ater-se à defesa integrada ao processo, podendo representar, a omissão de sua defesa, a perspectiva de uma sentença desfavorável.

Finalmente, a preclusão temporal, que no exato momento repercute diretamente no exame das nulidades relativas. Ocorrerá a preclusão da arguição da nulidade relativa quando o prejudicado deixar de opor a alegação em tempo hábil. Geralmente, no processo penal, a preclusão temporal é marcada por atos judiciais. No Brasil, especificamente, a nulidade relativa que ocorre em primeira instância deverá ser alegada já ao final da instrução, em sede de preliminar às alegações orais ou memoriais. Quando se verificar uma nulidade em grau recursal, esta deverá ser arguida na primeira oportunidade de manifestação do prejudicado subsequente à prática do ato processual irregular.

Como é possível concluir-se, a preclusibilidade equivocadamente é tratada pela doutrina como uma característica autônoma das nulidades relativas. A preclusão é tão somente uma espécie de sanatória (convalidação) dos atos processuais defeituosos, assim como o é, por exemplo, a finalidade do ato atingida, mesmo se praticado em não conformidade com os requisitos legais. A preclusão da arguição da nulidade relativa opera a convalidação do ato pelo transcurso temporal. Desta maneira o questionamento que incide sobre a matéria é o seguinte: é suficientemente hábil a passagem do tempo, a fim de tornar válido o inválido? Em outras palavras está sujeito o respeito à forma processual à passagem temporal, capaz de lhe determinar uma não oponibilidade, marcadamente pautada por vetores de simplificação e economia processuais?

Certamente, a lógica que concebe a forma processual como uma barreira à consecução da finalidade do processo (Verdade) requer condicionantes de revalidação do ato defeituoso pelo escoamento temporal. O problema nuclear que dormita no seio da questão não é tão simples de se resolver como apontam as simplistas e acriticas concepções legalistas em voga nos tribunais pátrios. Se há necessariamente um princípio de economia processual a exigir a eficiente prestação da justiça penal em se atingir a verdade, qual o seu oposto diametral? Que princípio é sacrificado em prol da eficiente persecução penal?

Como visto no capítulo anterior, a convalidação do ato processual falho é uma herança da teoria do negócio jurídico, que se sustenta a partir não apenas do princípio de convalidação, mas de conservação dos negócios jurídicos. E, uma vez mais, se está diante de interesses manifestamente disponíveis, o que não se verifica no processo penal. Demais disso, é preciso salientar que a proibição de arguição das nulidades relativas extemporaneamente

para a efetivação de uma dissecação conceitual. Há uma verdadeira petição de princípio que explica a nulidade relativa pelas suas características e estas pela sua pertinência à espécie nulidade relativa. Ou seja, a doutrina procura afirmar que a nulidade relativa é aquela preclusível, sanável, etc. Por seu turno, quando examinadas suas características afirma-se: se sujeita à preclusão por se tratar de uma nulidade relativa...

Evidentemente não se pode perquirir uma identidade ou uma essência da nulidade relativa, o que acabaria por remontar o mesmo esquema linguístico criticado. No entanto, é preciso assumir que a teoria das nulidades somente pode ser compreendida em seu ser constitucional. Assim sendo e retornando ao problema aqui tratado da preclusão temporal e de sua aplicabilidade ao processo penal, a resposta somente pode ser negativa.<sup>105</sup> Como acentua Lopes Júnior, "convalidação vinculado a idéia de preclusão é inadequado para o processo penal; poderá haver sim o saneamento pela repetição ou prática de outros atos que supram a inicial lesão ao princípio constitucional."<sup>106</sup>

Não é possível sujeitar-se a arguição de uma nulidade no processo penal ao exercício tempestivo atribuído a determinado ato situado em também determinada fase processual. Não se pode cogitar a convalidação de um ato processual penal realizado em falta de sintonia com seus requisitos normativos já que os direitos fundamentais constituem cláusulas de subordinação do tempo à Constituição da República. Trata-se de um fenômeno de institucionalização do tempo (Ost<sup>107</sup>). A Constituição da República é, para além de norma, uma verdadeira proteção contra as transformações sociais. Antes de um instrumento de aceleração, a Constituição da República é mecanismo de freio às implementações que possam trazer prejuízo ao sujeito de direito. As cláusulas pétreas representam justamente a proteção contra a mudança brusca, uma transformação no núcleo constitucional.

Afirmar-se que a preclusão temporal possa adquirir um status de sanatória geral dos vícios processuais seria, para dizer o menos, aceitar a violação de um direito de ranking superior, subordinando sua eficácia ao

aproveitamento de uma faculdade processual. E isto implica também, um problema de teoria geral do direito. A passagem do tempo, que requer uma omissão, uma inação, opera-se no plano da eficácia. Como conclusão, este não-agir (plano da eficácia) acabará trazendo efeitos de validade ao ato viciado (já se expôs que a nulidade opera no plano da validade). Como explicar que um não-ato, que atua no plano da eficácia anteceda o próprio plano da validade, supostamente atingido por um ato processual precário e com isso ao mesmo tempo lhe sirva de fundamento repressinatório? Tal postura somente pode ser admitida no seio da confusão conceitual a operar-se na dimensão entre validade e eficácia. Quando a doutrina admite a produção de efeitos do ato inválido não se pode afirmar que esta irradiação possa sanar a sua própria validade. A validade foi atingida. O que se tem daí para diante, é a admissão da introdução e manutenção de um ato inválido como suficiente para gerar efeitos. Todavia, se assim é, como se afirmar que um ato se *convalida*? Se a convalidação age no plano da validade, então a omissão da arguição em tempo hábil tornaria o ato ilegal em legal? Este primado da confusão entre eficácia e validade não explica razoavelmente sequer, como é possível que um ato ilegal possa, passado algum tempo, se tornar válido.

O que ocorre como explicado é a tolerância do ato irregular mantido no processo e gerador de efeitos. Não corresponderia à mesma lógica da ilegalidade congênita do sistema inquisitorial, anteriormente alertada e diagnosticada? Aquela simbiose entre o sistema inquisitorial e teoria geral do direito privado corresponde o transplante da preclusão temporal.

Para além, em que momento é preciso analisar-se o interesse em jogo (público ou privado)? A inércia de uma das partes, desta maneira, faria parte de uma tipicidade complexa, a exigir além da nulidade expressa, o não advento de uma sanatória, como, por exemplo, sustenta boa parcela da doutrina italiana? Todavia esta relação de tipicidade complexa não estaria a ensejar a adoção da nulidade como sanção? E se esta resposta for positiva, como se sustentar que uma sanção deixe de ser aplicada pelo advento de uma omissão, em seguida a uma ação antijurídica? Finalmente, a realização de um ato defeituoso seguindo-se uma omissão do interessado substituiria o ato normativamente previsto? Quais os requisitos mínimos do ato substitutivo?

Como se vê, o problema da sanatória em geral é permeado por questões as mais complexas. Não cabe neste tópico o exame da teoria da sanabilidade que será examinada a seguir. Resta, a fim de fechar o presente tópico, concluir pelo desacerto da transposição do instituto da preclusão temporal para a seara do processo penal.

105. "O conceito de 'convalidação' como decorrência da preclusão, é inadequado. Convalidação como o tornar válido pelo decurso do tempo' é um conceito inadequado para o processo penal, pois aqui não existe preclusão - no sentido civilista - para o réu e, como o sistema de nulidades se estrutura a partir do sistema de garantias constitucionais, fundado portanto na tutela do interesse processual do imputado, o conceito perde sentido". LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II. p. 393.

106. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II. p. 394.

107. Cf. OST, François. *O Tempo do Direito*.

O primeiro fundamento, insistentemente referido, diz respeito à absoluta impropriedade de se subordinar a eficácia de um direito fundamental à oponibilidade temporal de uma arguição de nulidade. Isto porque o interesse em jogo, no presente caso é preponderantemente em favor das garantias elementares.

Um segundo fundamento pode ser encontrado nos problemas teóricos encontrados na relação entre validade e eficácia, que se reabrem a partir do momento em que se condiciona uma declaração de invalidade ao exercício da reclamação em tempo hábil. Qual a legitimidade jurídica para não se invalidar um ato em desacordo com seus pressupostos normativos frente ao momento de arguição? Certamente a preclusibilidade funciona como um impedimento à declaração de invalidade, o que significa uma espécie de óbice jurídico à extirpação do ato defeituoso. Chegar-se-ia ao paradoxo de se afirmar que é ilegal o juiz declarar a ilegalidade de um ato judicial, uma vez que a omissão da parte processual no momento adequado funcionaria como um remédio jurídico, hábil a reativar a validade já quebrantada.

Efetivamente, a preclusão temporal significa a admissão da manutenção de um ato inválido no processo, gerador de efeitos. Como tal movimentação na mesma frequência do sistema inquisitorial, no qual os atos processuais penais não obedecem a um sistema de invalidade que concebam os atos irregulares como produto de uma função de contração do poder.

A seguir será examinada a característica da sanabilidade da nulidade relativa e os principais efeitos causados no processo penal.

#### 4.3. Nulidade relativa e sanabilidade: imperfeição do ato processual e sua manutenção no processo penal

Como anteriormente já mencionado, embora de forma incidental, a sanabilidade ou convalidação do ato processual penal imperfeito é uma das características atribuídas à nulidade relativa. A doutrina italiana chega até mesmo a cogitar do advento da sanatória nos casos de nulidade absoluta, embora de forma excepcional, com a formação da coisa julgada.

Entretanto, apesar desta excepcional previsão, a sanabilidade é marca registrada da nulidade relativa<sup>108</sup>. Convalidação ou saneamento é o fenômeno jurídico pelo qual o ato processual defeituoso passa a ser restaurado

pela verificação de uma causa, geralmente prefixada normativamente, capaz de expungir a imperfeição e tornar o antigo ato defeituoso pleno em seus efeitos<sup>109</sup>.

As principais causas de saneamento do ato processual irregular são a preclusão, a finalidade do ato atingida, mesmo que o ato seja praticado de outra forma, a não demonstração do prejuízo quando da arguição da nulidade, a ratificação da parte interessada<sup>110</sup>. A convalidação de uma maneira geral poderia ser considerada uma forma de revalidar a legalidade do ato processual abalada e desestruturada pela sua prática irregular. Seria possível agrupar, junto dessas causas de restauração dos efeitos do ato processual irregular, também a ausência de interesse processual na arguição da nulidade. Todavia, a ausência de interesse na declaração de nulidade, seja por que o refazimento do ato processual não trará à parte vantagem processual alguma, seja por que esta deu causa à própria perpetração do ato judicial precário esbarra numa condição anterior, que é a própria legitimidade para arguição. Seria possível, inclusive, na esteira de um autor como Galati destacar-se que não é justificável, como fazem os processual-civilistas, que haver dado causa à nulidade significa falta de interesse<sup>111</sup>. A questão referente ao princípio do interesse será examinada em momento oportuno.

O saneamento de um ato processual parte do mesmo princípio que a convalidação pertencente à teoria dos negócios jurídicos. A esta altura não é mais novidade a tese aqui sustentada acerca da construção da teoria das nulidades tal qual palimpsesto, a convergir uma teoria privativa para junto de uma estrutura inquisitorial. A teoria da convalidação do negócio jurídico tem como pressuposto essencial e fio condutor o princípio da conservação do negócio jurídico. No processo penal, a dinâmica mantém-se intacta. Ao revés do princípio da conservação do negócio jurídico vige o princípio da economia processual. Substitui-se uma categoria por outra, sem perder-se

109. Para Taormina se tratado fenômeno sempre em virtude de um variado nível de relevância que o ordenamento atribui ao ato ao cabo da produção do efeito intermédio e daquele final, da substituição do próprio ato, e assim, derivativamente em vez de sua relação com a complexidade da tipicidade, com outro resultado equivalente. TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v. II. p. 417.

110. De acordo com Iasvoli se for é possível reconduzir dentro da categoria - sanatória - a multiplicidade de instrumentos mediante os quais se repristina a legalidade de atos distorres ao modelo, essa exprime uma síntese verbal que designa os mecanismos jurídicos de diversas naturezas (converso, convalidação, ratificação, conservação) que se sustentam em forma de integração da patologia. IASVOULI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 240.

111. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 52-53.

108. No processo penal italiano existe ainda, a figura da nulidade intermédica, que apesar da manutenção das características gerais da nulidade absoluta, tão somente é passível de ser arguida até determinado momento processual.

de vista a finalidade em comum que é a evitação de desperdícios e refazimentos.

O primeiro elemento que não pode deixar de ser examinado é aquele concernente ao fenômeno que os italianos conhecem por *equipollenza*<sup>112</sup>. Pode-se aqui vislumbrar o instituto tratado pelos doutrinadores italianos como a equivalência substitutiva de um ato processual imperfeito que ocupa o lugar daquele outro, não realizado, previsto abstratamente em norma. De acordo com o pensamento de Taormina é possível afirmar-se que em razão da identidade de relevância que o direito positivo percebe na produção do efeito final, essa opera por tipicidade substitutiva, não pela utilização de tipicidade não integrada<sup>113</sup>. Como explicar que um ato realizado defeituosamente possa gerar os mesmos daquele praticado em perfeita consonância com os pressupostos normativos? No mesmo diapasão, que fenômeno jurídico permite a substituição de um ato válido por um inválido, hábil à promoção de iguais efeitos no processo?

Como aponta Moscarini, o fundamento da equivalência não pode ser percebido no princípio da utilização dos atos imperfeitos, pois este princípio pressupõe sempre a existência material de um ato inválido<sup>114</sup>. O processualista italiano rechaça que o ato processual penal irregular possa imediatamente ser tachado como inválido. A substituição de um ato processual realizado precariamente - mas que acaba gerando efeitos em substituição àquele previsto hipoteticamente na norma que arrota os requisitos para a sua prática - impede a declaração de invalidade. A figura da *equipollenza* ocorre justamente como um impeditivo da declaração de nulidade (invalidade), pelo que não se poderia cogitar da existência de um ato inválido. Em que pese o acerto da justificativa de Moscarini quanto à nulidade dependente de uma declaração judicial, não parece correto possa um tratamento unitário das categorias de validade e eficácia ser realizado com êxito. Preliminarmente, há que se dissociar nulidade de invalidade. Aqui é que ocorre um dos principais problemas na transposição das categorias do direito privado ao processo civil e posteriormente ao processo penal. No direito privado, a nulidade ocorrerá por si mesma, sem a necessidade de declaração judicial<sup>115</sup>.

112. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*, p. 17.

113. TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*, v. II, p. 409.

114. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*, p. 18.

115. De acordo com Taormina, no negócio jurídico trata-se de uma *fattispecie* simples, enquanto o processo penal pode ser considerado, em sua globalidade, como uma *fattispecie* de formação progressiva e complexa. Desta maneira, explicando os efeitos das espécies e tipicidade processual

No entanto, no processo penal não existirá nulidade sem uma declaração judicial que reconheça um ato como inválido. Sintetizando, a nulidade no processo penal é a declaração judicial de invalidade de um ato processual, com a consequente perda dos efeitos produzidos até então. Num primeiro momento, declara-se a invalidade. Num segundo, desconstituem-se os efeitos mediante a natureza constitutiva negativa da decisão. De acordo com Musotto uma nulidade que não seja possível declarar não é mais nulidade<sup>116</sup>.

Se nulidade é uma declaração judicial de invalidade, seria possível afirmar-se que o ato processual defeituoso seria válido? A resposta deve ser negativa. O ato praticado em desacordo com os pressupostos legais é desde já inválido - o que não significa que tal ato, como no processo civil, imediatamente deixe de produzir efeitos. A nulidade tão somente declara a invalidade já instalada, desconstruindo os seus efeitos. Desta maneira, não há como aceitar-se a tese de Moscarini que entende haver uma contradição entre a utilização de um ato imperfeito e a existência de uma invalidade. Nulidade e invalidade não se confundem. Se por um lado não existe nulidade sem declaração judicial, nem por isso a invalidade está sujeita aos mesmos efeitos. A invalidade ocorre assim que o ato processual for realizado em desajuste aos cânones normativos.

A realização de um ato processual que não obedece às formas estabelecidas - por isso inválido - produz efeitos. A utilização desses efeitos, produto de uma prática irregular do ato acaba substituindo o ato processual em abstrato, que não foi realizado em conformidade<sup>117</sup>. O saneamento do ato processual irregular é uma substituição de um perfeito e hipotético ato, abstratamente concebido por uma norma por outro imperfeito e concretamente posto em prática. O saneamento, posto que opera sem a existência de uma nulidade (declaração judicial de invalidade) corresponde a uma ati-

o processualista italiano adverte que a tipicidade é simples porque o ordenamento prevê que assim seja no sentido de que uma similar estrutura é considerada suficiente e necessária para se atingir o resultado desejado. A tipicidade é complexa ou ainda de formação progressiva quando o ordenamento impõe uma estrutura múltipla para se atingir o resultado, mas desde este ângulo visual é como se a tipicidade fosse simples, por que todos os elementos que a compõem devem realizar-se e por que se apenas um não se realiza, a tipicidade complexa não existe do mesmo modo que acontece quando é precária ou falta algum elemento na tipicidade simples. TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*, v. II, p. 407.

116. MUSOTTO, Giovanni. *La Teoria Dell'interesse nel Processo Penale*, p. 26.

117. Para Taormina a invalidade da tipicidade complexa impede a relativa não integração, e sempre que o ordenamento deseje faz permanecer a validade parcial da tipicidade, no sentido da persistência daquele ato como válido. Um debate efetuado na irregularidade de constituição das partes faz com que a tipicidade processual não se integre, mas o ordenamento pode afirmar que a audiência preliminar precedentemente realizada, se válida e produza todos os seus efeitos. TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*, v. II, p. 408.

vidade preventiva, que obstaculiza o surgimento da nulidade<sup>118</sup>. Ao contrário da nulidade, a sanatória, por atuar preventivamente, não necessita de uma declaração. A esta mesma conclusão chega Moscarini, ao afirmar que a convalidação, sendo destinada a integrar – juntamente com o ato nulo – uma figura correspondente a uma única tipicidade abstrata, opera diversamente da nulidade, de direito, sem a necessidade de uma especial declaração<sup>119</sup>. Contudo, não se pode afastar o reconhecimento de uma espécie de utilização de atos imperfeitos no cerne do processo, aptos a gerar efeitos sem recorrer-se ao refazimento do respectivo ato. Novamente, de acordo com Moscarini, ea quivalência evita uma possível nulidade, e se dá quando um ato tenha sido realizado, do início ao fim, em substituição a outro do qual assume a função e que assim, pode ser omitido sem prejuízo para a regularidade do procedimento<sup>120</sup>. Para a ocorrência do saneamento, um ato imperfeito substitui outro exigido por norma, assumindo a função daquele ato omitido.

O saneamento de uma nulidade exige a omissão de algum dos requisitos do ato processual, substituindo o ato inválido aquele hipoteticamente previsto em norma<sup>121</sup>. Mais do que isso, as espécies de sanatória atuam como uma prevenção de futura nulidade. O ato processual substituto assume a função daquele substituído. A atividade saneadora significaria não a retirada da invalidade do ato já praticado. Mas acarretaria a insignificância desta invalidade. Como se pode perceber, trata-se de uma lógica que procura otimizar ao máximo possível o princípio da economia processual.

Além desta utilização de um ato inválido como gerador de efeitos, a sanabilidade da nulidade relativa, alguns autores procuram explicar o

118. Quanto à convalidação sustenta Aloisi que apesar de que sua aplicação não determine, em realidade, uma verdadeira e própria sanatória, essa se insere no artigo destinado à disciplina das sanatórias gerais das nulidades, isto é, da disciplina daquelas situações processuais, a que o legislador atribuiu a eficácia de eliminar igualmente os efeitos daquelas nulidades fazendo-as como inexistentes. ALOISI, Ugo. *Manuale Pratico di Procedura Penale*, p. 232.

119. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*, p. 43.

120. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*, p. 162-163.

121. Andrioli atesta uma dupla possibilidade de sanatória no processo: uma derivada da lei, outra da finalidade atingida. ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 461.

122. Há quem separe o fenômeno da sanatória e da equipolência da não ofensividade: o defeito ofensividade do ponto de vista lógico não é construído como um fato superveniente à verificação da invalidade. Trata-se, pelo contrário, de uma hipótese da qual a invalidade não deve ser declarada, porque apesar da violação da norma o interesse tutelado permanece íntegro. Portanto, o instituto em análise constitui uma condição obstaculatória à declaração de invalidade. CONTI, G. *Accertamento del Fatto e Inutilizzabilità del Processo Penale*, p. 474.

fenômeno da sanatória a partir do conceito de tipicidade complexa. Também pouco tratada pela doutrina e jurisprudência nacionais, a noção de tipicidade complexa procura dar os contornos epistemológicos da nulidade relativa. A nulidade relativa constituiria a não realização de um tipo processual somada ao não saneamento do ato. Assim, além da prática defeituosa de um ato, a não ocorrência de uma sanatória caracterizaria esta modalidade de nulidade. A uma negatividade com referência aos requisitos do ato processual se somaria uma segunda negatividade, decorrente do não saneamento. Além da ausência dos elementos legais do ato processual deve ocorrer a ausência de causas de convalidação do mesmo ato.

A moldagem da teoria da tipicidade complexa esbarra no problema já exposto de considerar-se a nulidade como uma sanção. Não se constituindo a nulidade uma sanção – o que em seu devido momento já fora exposto – cai por terra a idéia de tipicidade complexa a dar conta do fundamento epistêmico da nulidade relativa. Evidentemente que a proliferação de sanatórias, cujo ápice inclusive banuiu do ordenamento processual penal italiano a nulidade absoluta acaba por identificar os pressupostos materiais normativos do ato meras sugestões oferecidas pelo legislador, que em caso de desobediência, poderão inclusive plasmar efeitos que se mantêm indenes no suceder do processo<sup>123</sup>.

O saneamento dos atos processuais penais converge para aquela direção anteriormente apontada quando do exame da preclusibilidade da arguição da nulidade relativa. Há uma inegável manutenção dos efeitos do ato inválido no seio do processo. Novamente é possível sustentar-se a sua aderência àquela ilegalidade congênita própria do sistema inquisitorial. Em nome do princípio da defesa social as nulidades são relativizadas, para que se possa dar conta da reconstrução da verdade e da punição dos "culpados". Como aponta Laslevoli a ascendência do regime fascista condicionou sensivelmente as estruturas normativas de todo instituto em nome da defesa social e do accertamento da verdade; sofre obviamente, o sistema das nulidades, com a

123. De acordo com Cordero a impaciência pela superestrutura formal conduz o intérprete à tentativa de reconstruir o preceito: a nulidade decai a mera irregularidade; a prescrição de uma conduta, como meio indispensável para se atingir determinado efeito, se degenera em simples recomendação *domodus procedendi*, fungível em relação a qualquer outro ato, permitindo aos sujeitos do processo sua invenção: se está diante de uma série de atos de forma livre, mediante os quais o ordenamento não se interessa se não para estatuir a finalidade singular, deixando às partes e ao juiz a escolha da via menos árdua para conseguirlo. A hipótese é insustentável em um sistema democrático, no qual a liberdade na escolha dos meios subsiste apenas nos limites em que sejam dadas prescrições (a inobservância das quais se entende não comportar uma mera irregularidade) em ordem ao quomodocumque ato. CORDERO, Franco. Nullità, Sanatorie, Vizi Innocui. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 704.

supressão da figura fundamental da nulidade absoluta<sup>124</sup>. Este o motivo de fundo principal pelo qual é insustentável a figura da nulidade relativa aplicável ao processo penal. A sanabilidade dos atos processuais penais trata-se da legitimação de atos destinados a sufragar uma flexibilização da forma processual, o que equivale a dizer que o ato, mesmo que inválido, é apto a gerar efeitos jurídicos. Caem por terra os limites à busca pela verdade, numa projeção de sintomas de paranoia descritos por Cordero.

A forma instrumentalmente concebida como instituto de defesa social é própria de um processo cujo escopo principal é a aplicação o mais rápido possível da sanção estatal ao acusado. Novamente, de acordo com Iasevoli, a ser alterada era a projeção finalística das formas, transformadas em instrumentais, não mais no interesse das partes, mas à exemplaridade da resposta punitiva<sup>125</sup>.

Demais disso, um processo penal voltado sobre ares democráticos e absolutamente incompatível com a subversão da forma processual<sup>126</sup>, representada pela preservação dos direitos e garantias fundamentais do assujeitado ao processo penal. A prevalência do princípio da legalidade processual não permite que um ato inválido possa convaler por atos que de regra se colocam à disposição da parte processual. Ratificação e inércia (preclusão temporal) são causas de saneamento que atribuem ao comportamento do agente a sobrevivência legitimada dos efeitos dos atos processuais praticados irregularmente. A finalidade do ato atingida, como será a seguir exposto, representa a opção por um juízo de valor que coloca a legalidade processual em um patamar inferior ao princípio da economia processual<sup>127</sup>.

A incapacidade de sustentação de uma teoria que implica em admitir a produção de efeitos jurídicos de um ato inválido<sup>128</sup>, confundindo-se val-

124. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 155.

125. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 155.

126. Para Gaillard as formas do processo são precisamente organizadas em vias de garantir o direito individual frente a um interesse coletivo. GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Penale*. p. 426.

127. "Un segmento del principio general de legalidad es el principio de legalidad procesal penal, que reclama tanto la regulación por normas con rango de ley (ordinaria u orgánica, según se luego dirá) de los derechos que se ejercitan durante el proceso (contenidos en el art. 24 de la Constitución...), como la que implica someter a reserva de ley la práctica totalidad del ordenamiento procesal...), como la autorización y regulación por ley de cualquier intromisión en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos efectuada con ocasión de un proceso penal". GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 71.

128. Nesse mesmo sentido Moscarini define que o ato processual, apesar de imperfeito e assim inválido, desdobra certa eficácia, mesmo que não seja *idéntica* *simminor* do que aquela correspondente ao ato perfeito, isto é, determina consequências tendo em vista o próprio conteúdo, mas não a própria modalidade pois tais consequências são suscetíveis de eliminação *ex tunc* em razão de uma posterior anulação. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 39-40.

dade e eficácia, somada à imprestabilidade teórica do conceito de tipicidade complexa (vinculada à natureza jurídica da nulidade como se constituindo como sanção processual) contribui para o infortúnio científico da temática. Para além, no plano de política criminal é visível a recepção, pelo sistema inquisitorial, daquelas transposições civilísticas que ornamentam os princípios em matéria de nulidades. O respeito às regras do jogo é obliterado pela acentuação dos eventos processuais capazes de sanear o ato processual. Essa degeneração dos pressupostos do ato em meros aconselhamentos legislativos representa a falência do princípio da legalidade processual. A inviabilidade da sanabilidade das nulidades no processo penal condiz também com o alto relevo dos direitos postos sob a tutela do Estado durante o trâmite do processo. Subordinar-se a prevenção da nulidade sob o argumento de eficiência da persecução penal é justamente o que propicia as causas de saneamento. As nulidades absolutas reputam-se insanáveis pelo fato de o objeto de proteção das normas coincidir com os direitos mais elevados do sujeito.

A idéia de sanabilidade leva consigo o princípio da verdade substancial e outros tantos sob os quais o sistema inquisitorial é erigido. Refutar-se a idéia de sanabilidade é ao mesmo passo opor-se limites ao poder estatal. Assim, encerra-se o presente tópico com a advertência de sua inadequação, pelos motivos já construídos durante a presente investigação, ao sistema acusatório.

A seguir passa-se ao exame de mais uma das características atribuídas à nulidade relativa. Cuida-se da necessidade de demonstração de prejuízo pela parte processual interessada na arguição da nulidade.

#### 4.4. A necessidade de demonstração de prejuízo na nulidade relativa: inadequação metodológica ao processo penal

A terceira característica da nulidade relativa aqui examinada é reconhecida pela necessidade da parte que deseja arguir o defeito de um ato processual, de demonstrar o prejuízo que a irregularidade lhe trouxe.

Evidentemente, alicerçar-se a declaração de nulidade de um ato processual na necessidade de manifestação do prejuízo que o respectivo ato acarretou à parte, no processo penal, não passa de uma tentativa de se reatizar uma verdadeira burla de etiquetas, cujo fim último é a manutenção, na lógica que lhe é imanente, de uma ilegalidade congênita que se torna assim, mascarada.



A noção de prejuízo não comporta adaptação ao processo penal. O prejuízo empelha para que tal característica possa configurar-se em uma estrutura da teoria das nulidades diz respeito, sobretudo, à imprecisão em que a lei é arraigada, de forma que a sua utilização, na mais das vezes, é passível de servir aos mais diversos escopos. Cláusulas genéricas, conceitos que sofrem de anemia sígnica, significantes que flutuam ao sabor de ocasiões são instrumentos perfeitos para que se possa, de deslize em deslize, fazer jorrar a máquina de fluxo verbal que consistiu (e ainda consiste) no sistema inquisitorial.

Parece razoável poder-se afirmar que a relativização das nulidades absolutas possui, na alegada demonstração de prejuízo, uma estrutura que permite, eficientemente, realizar aquela burla de etiquetas anteriormente denunciada. Como destaca Lopes Júnior, ao tratar das nulidades, "o primeiro problema surge, novamente, na equivocada transmissão de categorias do processo civil para o processo penal. O fenômeno da relativização das nulidades (absolutas) do processo civil está sendo utilizado (e manipulado) para no processo penal, negar-se eficácia ao sistema constitucional de garantias"<sup>129</sup>. Nesse contexto da nulidade constituindo-se como mero obstáculo ao reencontro com a verdade, que paira na dimensão do significante, demonstração de prejuízo permite ao negar-se reconhecimento ao defeito do ato processual, estabelecer-se o primado de uma espécie de ofensividade material a governar a teoria das nulidades.

Para muitos autores, a necessidade de demonstração de prejuízo configura-se como um critério que permite traçar-se um contorno disjuntivo entre uma concepção formalista e outra substancialista de ato processual penal. Se a lesão da forma não for suficientemente amparada em um plano rama que ateste a lesão de um princípio, garantia ou direito fundamentado não deverá ser declarada a nulidade do ato. Para além, se a parte que argui o defeito do ato processual não oferecer indícios de prejuízo (surgimento de uma expectativa de sentença desfavorável ou mesmo a perda de uma chance processual), a nulidade não deverá ser declarada. Eis os elementos que, cogitados, poderiam derrubar o obstáculo do prejuízo não demonstrado.

Esta posição substancialista que se afirma como o pano de fundo para a manutenção da necessidade de demonstração de prejuízo aparece com uma crítica ao formalismo. Sem prejuízo, seria um excesso formalístico reconhecer-se uma nulidade. Em breve síntese, tal é a linha de raciocínio daqueles que encontram no prejuízo uma pedra de toque da teoria das nulidades. Em

que pese restar superado o ranço formalista difundido principalmente pelo positivismo em sua vertente legalista, esta postura substancialista acaba produzindo a supremacia da ofensividade ou lesividade material, que radicalizada acabou operando a eliminação das nulidades absolutas do Código de Processo Penal italiano de 1930<sup>130</sup>. Ao se exigir esta demonstração de prejuízo para a declaração da nulidade do ato processual, implicitamente se adota a posição de que todo e qualquer princípio processual, independentemente de seu status, pode ser violado. Basta que não se evidencie prejuízo a uma das partes processuais. Ou, o que é mais freqüente, que a parte não logre se desvencilhar de sua carga probatória para aí, então, consubstanciar-se a sanatória.

A demonstração do prejuízo é uma exigência contra o advento de uma sanatória do ato processual. Ao se analisar a sua natureza jurídica de sanatória, fica fácil perceber-se, como aqui se advertiu inúmeras vezes, que há, por detrás da fachada jurídica que lhe reveste, uma inclinação e gosto pela economia processual. Somado ao que se referiu nos tópicos antecedentes, ao se privilegiar em demasia o princípio da economia processual, concretizada a partir de simplificações, flexibilizações e toda uma gama de categorias aptas a tornar o processo penal célere, não é difícil vislumbrar-se a subserviência desta sanatória ao modelo de ilegalidade congênita afeito ao sistema inquisitorial.

Esta concepção substancialista do ato processual penal também traz outras desvantagens. Ao se exigir, para além de um mero caráter indiciário do prejuízo uma demonstração, duas situações jurídicas florescem. A primeira delas resulta num princípio de lesividade ou ofensividade material do ato processual a engendrar a nulidade. Sua não demonstração suficiente leva ao não deferimento do requerimento anulatório, mantendo-se o ato imperfeito e o seu cumprimento ilegal (bem como o problema que ainda persiste da *equipollenz*). O ato imperfeito, como é lógico, produzirá consequências jurídicas e será sanado. Há que registrar que o prejuízo, para a corrente que concebe a sanatória dentro do esquema de tipicidade complexa, integraria a *fatispecie*, levando adiante o problema detectado por Cordero, cuja ligação

130. Para lasewolli ao comentar o regime de nulidades do Código Rocco afirma que naquela direção se pensou eliminar do suporte codicístico aqueles mecanismos que consentiam uma espécie de controle das partes sobre o andamento do processo; por isso se considerou excessiva a regra pré-vigente que autorizava a anulação de procedimentos no estágio conclusivo, sem que ninguém houvesse argüido precedentemente a nulidade e sem lesão de qualquer interesse. O resultado foi o desaparelhamento das nulidades absolutas em nome de razões políticas e/ou ideológicas, buscando-se justificações capciosas no fenômeno do desaparelhamento da absolutidão diante da força preclusiva da coisa julgada. IASEVOLI, Clélia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*, p. 156.

é irrefutável: ao assumir a noção de tipicidade complexa, resta inexplicável como o ato jurídico perfeito e imperfeito possam gerar as mesmas consequências<sup>131</sup>.

Uma segunda situação jurídica se estabelece. Trata-se da carga probatória que recai sobre a parte processual que deseja o reconhecimento judicial da nulidade. Segundo a lógica tradicional que governa a sanatória da não demonstração do prejuízo<sup>132</sup>, deverá a parte processual se encarregar de trazer aos autos elementos de convicção fortes o suficiente a fim de produzir o fenômeno da "captura psíquica do magistrado" (Cordero, Lopes Júnior). Todavia, no processo penal inexistente distribuição de cargas processuais. Em outras palavras, se é possível falar-se em cargas processuais, estas existem somente na adoção do conceito de Rosenberg de carga subjetiva. Esta, como mencionado, cuida-se de uma faculdade processual de a parte convencendo o juiz de sua tese. Todavia, jamais como ônus. Apenas como imperativos de interesse da própria parte, assemelhando-se em muito a tese goldschmidiana da situação jurídica e inclusive chamando a atenção para esta dicotomia. Como assegura Lopes Júnior, "não incumbirá ao réu carga probatória de um tal 'prejuízo'"<sup>133</sup>.

No entanto, pela vigência do princípio da presunção de inocência no processo penal, sobre o acusado não deverá recair "ônus" probatório algum. Como é possível aplicar-se, sem qualquer distorção a máxima do *in dubio pro reo* sem ao menos se operar uma justificação minimamente adequada? Mais do que isso, no sistema acusatório, como evidenciado, ao magistrado incumbem assegurar o cumprimento fiel das regras do jogo. Como então jogar nas mãos das partes esta incumbência de livramento de uma carga probatória quando é o próprio Estado o responsável por fazer se cumprir as regras processuais (*due process clause*)?

131. Segundo Iasevoli o intérprete não pode elaborar hipóteses não codificadas, nem mesmo avançando na lesão substancial do interesse tutelado pela norma e conexo à imperfeição do ato, seja porque a inexistência do prejuízo poderia assumir relevância sob o plano dos requisitos seja porque - viceversa - a ausência de prejuízo poderia configurar uma causa de sanatória da nulidade que se verifica. No primeiro caso, o prejuízo - seria colocado sob o perfil da inexistência - se tornaria elemento da tipicidade, o que contrastaria com a própria tipicidade; no segundo caso, é evidente o vício de método, como o ato distorça o modelo legal e produziria as mesmas consequências. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*, p. 234.

132. De forma semelhante Garofalo advoga a existência de uma presunção de regularidade do ato processual, devendo a parte interessada a prova do descumprimento. GAROFALO, Raffaele. *La Nullità nei Giudizi Penali e Lisstituto della Cassazione. In Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza*, a. 1. v. 1. Napoli: Eugenio Marghieri, 1903, p. 06.

133. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 389.

Para que possa ganhar terreno uma teoria que afirme a distribuição de cargas processuais na teoria das nulidades e, mais do que isso, para retirar do âmbito de vigência do princípio *in dubio pro reo*, seria forçoso admitir-se uma ruptura entre questão de fato e questão de direito. Como afirma Ubertis, não se pode deduzir uma clara separação entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*, derivando-se uma autônoma relevância da primeira sobre a segunda<sup>134</sup>. Pois é exatamente a supremacia de uma questão-de-fato em detrimento da questão-de-direito que opera a lógica da degeneração e subversão do princípio *in dubio pro reo* no tratamento epistemológico que lhe é reservado pela tradicional teoria das nulidades. Afirmar-se a não operatividade do princípio da presunção de inocência no que diz respeito à arguição de defeito do ato processual é cindir as questões processuais em dois grandes blocos incommunicáveis: o primeiro, que trata das "questões de fato", com a incidência do princípio da presunção de inocência, refere-se à imputação penal propriamente dita. O segundo bloco, concernente às questões-de-direito, em que não incidiria a máxima *in dubio pro reo* trata dos aspectos em que inexistiria suporte fático a permitir a subsunção da norma. Quer dizer, incidiria tão somente no quesito norma aplicável, âmbito de validade, etc. Como afirma Cordero, remetendo às questões de fato e inclusive de um reinado de sua supremacia em relação àquelas de direito, o conceito de máxima de experiência representa o cerne de toda tentativa, destinado a enquadrar dentro do esquema silogístico a atividade historiográfica do juiz<sup>135</sup>.

Evidentemente, esta dicotomia, além de constitucionalmente inadequada, posto que permite a realização de uma interpretação restritiva de direito fundamental não expressamente autorizada, corresponde a um modelo metafísico que acredita em um mundo dos fatos e um mundo das normas, esquecendo-se inclusive da advertência de Nietzsche acerca da inexistência de fatos, mas tão somente sua interpretação moral<sup>136</sup>. Uma vez mais, retornando às palavras de Ubertis, cindir o fato do direito não é possível<sup>137</sup>. Se não é possível atualmente, falar-se numa nítida separação entre questão-de-fato e questão-de-direito, como se sustentar então no afastamento de um princípio constitucional como é o caso em tela?

Ao se ventilar a carga probatória de demonstração de prejuízo em suas nuances processuais-civilísticas, não estranha que esse jogo de cargas possa se dar sem maiores diatribes no que respeita ao sucesso do emprego desta

134. UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*, p. 43.

135. CORDERO, Franco. *Il Giudizio D'Onore*, p. 152.

136. NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*.

137. SABATINI, G. *Principi di Diritto Processuale Penale Italiano*, p. 342.

distribuição. Isso, como visto, se justifica à medida que o processo civil comporta um balancamento probatório e permite falar-se numa flexibilidade de cargas probatórias<sup>138</sup>. Como é notório no processo penal a rigidez da estrutura de distribuição de carga probatória - voltada exclusivamente à acusação - impede que a demonstração de prejuízo siga os mesmos parâmetros do processo civil. Uma vez mais, a estrutura do processo civil é aplicada ao processo penal com conseqüências desastrosas.

Na apreciação desta situação jurídica criada pela recepção doutrinária e jurisprudencial da sanatória da não demonstração de prejuízo, duas conclusões devem ser aqui sustentadas. A primeira delas refere-se à inaplicabilidade de uma distribuição, mesmo no caso das nulidades, de cargas probatórias no processo penal. O resultado desta operação resultaria que bastaria ao acusado alegar o defeito do ato para que o magistrado reconhecesse o vício ou não. A arguição do vício somente seria afastada pela fundamentação judicial que trouxesse à baila, cristalinamente, a inexistência de prejuízo<sup>139</sup>.

A segunda, tradicional e coerente com a divisão em nulidades absolutas e relativas no processo penal mantém conexão com a propalada "verificação do prejuízo". O fundamento para a existência e autonomia da nulidade relativa no processo penal sustenta-se a partir do momento em que se reconhece, coetaneamente, a vigência de interesses meramente particulares no processo penal. Assim, a nulidade relativa, como declaração de defeito, cujo interesse é particular (diz respeito a interesses de certa forma individuais, permite falar-se em necessidade de demonstrar o prejuízo. Uma vez que os interesses não transcendem a gravitação em torno de seu titular, para que um ato seja reconhecidamente inapto a gerar seus efeitos, forçoso que parte demonstre quais interesses e em que medida foram atingidos.

Entretanto, repisando-se o que já fora dito amíúde, o processo penal não é compatível com a existência de interesses meramente individuais. Isso

por que, superando-se uma concepção do processo penal que não adstriamente vinculada ao projeto de defesa social, é objetivo e finalidade do Estado, assim como a punição, a preservação dos direitos daqueles indviduamente assujeitados ao processo. Por isso, seja qual for o argumento, o processo penal não admite falar-se em interesses meramente individuais. Em última instância há o interesse estatal na proteção do débil, que transcendendo sua atuação processual. O mesmo motivo pelo qual mesmo o confidente não pode ser simplesmente condenado sem processo está a exigir que o próprio Estado atue na proteção do hipossuficiente. Sem esta premissa de base não se poderia entender sobre a inaplicabilidade da nulidade relativa no seio do processo penal. E é justamente esta fundamentação pela qual os argumentos efficientistas e acriticamente operantes no terreno doutrinário e jurisprudencial tornam-se insustentáveis. Todavia, os problemas não ficam por aí. Existe outro, igualmente prejudicial para uma superação da teoria das nulidades subordinada à teoria geral do processo.

Fundamental, para se elucidar em que consistiria o referido prejuízo, que um mínimo de concretude fosse juridicamente controlável. Contudo, por se tratar de um conceito genérico - o que permite a manipulação semântica -, este mínimo de concretude significa que lhe escapa não autoriza falar-se em uma barreira aos espaços de disposição do magistrado (Ferrajoli). Como aponta Coutinho, destacando justamente esta opacidade signíca aduz que "prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está preme a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas"<sup>140</sup>.

Oportuno salientar que tais conceitos genéricos servem com muita presença à ideologia da defesa social. Ordem pública, periculosidade, vida pregressa, risco, dentre outras categorias são alguns recursos semânticos para se extrair, do caso concreto, a decisão que fundamentada ou não fundamentadamente, não encontre, a não ser nas posturas e investidas paranóicas do julgador, um resquício mínimo de controlabilidade. É claro que apesar de o significativo remeter a uma ausência e incerteza posta pelo desaparecimento do objeto, tais categorias genéricas servem ao laboro intelectual, à alquimia semântica, ao jogo de pulsões, a certo tipo de processo cuja finalidade última assemelha-se à da própria modernidade: a erradicação do estranho.

138. Obviamente, isso não significa que a separação de questão-de-fato e questão-de-direito, defensável filosoficamente, mesmo à custa de institutos como o julgamento antecipado da lide.

139. É o que sustenta Lopes Júnior, apesar de ser um defensor da inaplicabilidade da nulidade relativa ao processo penal, a fim de reduzir o impacto da sanatória: "não é a parte que alega a nulidade que deverá 'demonstrar' que o ato atípico lhe causou o prejuízo, senão que o juiz, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado. Trata-se de uma 'inversão de sinais', de liberação dessa carga probatória por parte da defesa (que nunca poderá tê-la), e atribuição ao juiz de demonstrar a devida convalidação do ato para legitimar sua validade e permanência no processo". LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vila Rica, RJ, 1999.

140. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. ITEC, 2000, p. 44.

Esta cópula entre discursos que licencia argumentos os mais imponderáveis e irreconciliáveis entre si demonstra a falência da teoria geral do processo, e mais especificamente, da contemporânea teoria das nulidades.<sup>141</sup>

A inaplicabilidade do conceito de demonstração de prejuízo esbarra em mais um ponto importante e pouco considerado pela doutrina tradicional. A demonstração de prejuízo, como equivocadamente tem sido lastreada pelas decisões dos tribunais pátrios, vem sendo paulatina e progressivamente transposta para a seara da nulidade absoluta. Todavia, as nulidades absolutas são pautadas pelo princípio da taxatividade, cujo desdobramento leva a duas conclusões.

Pelo princípio da taxatividade se afirma que as nulidades são previstas em *numerus clausus* normativamente. As nulidades absolutas têm previsão normativa fechada, inexistindo declaração judicial válida fora das hipóteses ali apresentadas. Este o aspecto mais conhecido do princípio da taxatividade.

O segundo deles, acrescenta à não dedutibilidade judicial das nulidades fora dos casos legais, a desnecessidade de demonstração de prejuízo. Com isso, o princípio da taxatividade contribui para a justificação do caráter insusceptível das nulidades absolutas. Como observa Galatini, para a nulidade em particular, a não necessidade do prejuízo deriva da taxatividade sem sentido estrito, estimada por uma expressa disposição<sup>142</sup>. A taxatividade não permite falar-se em saneamento da nulidade absoluta. A não sujeição ao âmbito e validade das sanatórias otimiza o sentido de as nulidades absolutas dispensarem a demonstração de prejuízo. Em outras palavras, a demonstração de prejuízo não opera na dimensão da nulidade absoluta, restringindo-se às relativas. A ampliação dos casos de exigência de demonstração de prejuízo, mesmo diante de nulidades absolutas é um fenômeno absolutamente inconstitucional e ilegal.

Finalmente, mais um problema, desta vez de ordem lógica, se faz presente. A exigência de demonstração de prejuízo é a subordinação da declaração da invalidade do ato a uma verificação de prejuízo, cuja comparação se dá com ato processual não praticado: o ato em conformidade com os

elementos normativos. Como seria possível provar hipoteticamente o benefício trazido por um ato não realizado? Na prática se torna indemonstrável o prejuízo, pois se está a fazer comparação entre um ato existente - embora precário - e outro que jamais existiu. O prejuízo trazido pelo ato malfeito será comparado a um não-ato, daí por que se examinar o prejuízo tomando-se por base uma hipótese e não um evento real é impossível de ser comprovado. Subordina-se a validade de um ato irregular à demonstração de prejuízo cujo alicerce de comparação é ato que nunca existiu. O resultado é a incapacidade de se demonstrar o prejuízo. De fato, como demonstrar que a incapacidade foi realizado seria mais benéfico do que aquele concretamente realizado? Não se pode comprovar o prejuízo. É empiricamente indemonstrável. Desta arte, percebe-se facilmente que a exigência de demonstração de prejuízo equivale a se deixar as portas abertas à irregularidade processual.

A resposta para a ampliação da zona de incidência da sanatória de prejuízo não demonstrado converge para um princípio de maior amplitude. Trata-se do princípio da instrumentalidade das formas, que a seu tempo será examinado. A demonstração do prejuízo efetivo tem sua sedimentação teórica reforçada, como diagnóstica Iasevoli, a partir da ampliação da operatividade do princípio da instrumentalidade das formas<sup>143</sup>. Ainda sem examinar o princípio da instrumentalidade das formas, atividade que será executada *a posteriori*, torna-se cristalina uma opção política que concebe o processo penal como instrumento de defesa social. A finalidade principal seria então, a aplicação da lei penal ou a busca da verdade<sup>144</sup>, mitemas que se proliferaram em inúmera escala na doutrina processual-penalística<sup>145</sup>.

143. Segundo Iasevoli o retorno a estes pontos coloca em cena a espetacularização jurídica de um jogo de interações entre a realização da finalidade e o efetivo prejuízo, que constitui o fulcro da avaliação judicial. Assim, a ampliação da operatividade do primeiro conseguiu o reforço teórico do segundo como categoria destinada ora a reconhecer, ora a excluir a relevância da desconformidade do ato em relação ao modelo legal, naquela interação vinha anulada a relevância autônoma da invalidade como juízo de desvalor do ato sobre a base de comparação com o paradigma normativo. Resultaria entoaquecida a valência garantista dos esquemas predispostos pelo ordenamento. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 247.

144. Para Uberrtis também é enganador e insensato falar de 'prova da verdade dos fatos'. Que a verdade esteja nos fatos, não autoriza a falar de 'fato verdadeiro' ou 'fato falso', um fato 'é' ou 'não é'; verdadeira e falsa pode ser a sua enunciação'. UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. p. 91.

145. Para Iasevoli teria o processo um objetivo? De acordo com a autoria, não se deve dizer por caridade, que o escopo é a atuação da lei, ou a defesa do direito subjetivo, ou a punição do réu e muito menos a justiça ou busca da verdade: se isso fosse verdadeiro, seria absolutamente incompreensível a sentença injusta, e a própria força da coisa julgada, que cobre, talvez mais do que a própria terra, os erros dos juízes. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema Processuale Penale*. p. 22.

141. "Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que não atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência". LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II, p. 389.

142. GALANTINI, Novella. *Vizi Degli Atti Processuali Penali*. In *Digesta Penale*. v. XV, 1999. Torino, Giappichelli, 1999, p. 357.

Como ficou demonstrado, no desenvolvimento do presente tópico, há razões fortes a evitar-se a aplicação da sanatória da não demonstração de prejuízo no processo penal. A seguir, será examinada mais uma característica das nulidades relativas: trata-se da impossibilidade de reconhecimento do defeito do ato jurídico independentemente da arguição das partes interessadas.

#### 4.5. Nulidade relativa e comportamento processual da parte interessada: dependência da atuação jurisdicional à arguição das partes?

Seguindo com a análise acerca das características da nulidade relativa, o estudo se dirigirá ao exame do papel que ocupa a atividade das partes na arguição da nulidade. Como é destacado quase que à unanimidade pela doutrina<sup>146</sup>, a nulidade relativa, a fim de ser reconhecida e declarada, dependerá da provocação da parte processual que deseja a desconstituição do ato imperfeito<sup>147</sup>.

A justificativa comumente empregada para ornar esta categoria jurídica reside na disponibilidade do interesse em jogo, o que de plano reconheceria a natureza privada do direito tutelado. Uma vez mais se recorre à reflexão sobre a natureza do direito protegido pelo Estado para se firmar a característica da nulidade relativa. No caso em tela, somente a parte atingida pelo ato defeituoso poderá pleitear a desconstituição do respectivo ato processual. E, mais do que isso: o juiz estará vinculado à atividade da parte processual, não podendo declarar de ofício a nulidade.

Sem prejuízo das justificativas apontadas esbarrar na imponderabilidade do tratamento pelo processo penal de interesses meramente individuais ou particulares, uma vez que a proteção do acusado comporta igualmente transcendência ao interesse tão somente privatístico, há outras razões para o rechaço desta característica como sumamente adequada ao aspecto metodológico-constitucional do processo penal. A primeira delas centra-se sobre a sanabilidade.

146. Há poucas vozes que acreditam poderia o juiz decretar de ofício a nulidade relativa.

147. Isso não significa a completa e absoluta irrelevância da atividade das partes na nulidade absoluta. Como observa Galati no tema de nulidades absolutas o ordenamento em algumas hipóteses admite relevância ao comportamento das partes, e acertado, outrossim, que o poder de intervenção *ex officio* de conteúdo formal nem sempre sobrepõe aos poderes destas GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime della Nullità Processuali Penali*, p. 166-167.

Quando da análise da equivalência (*equipollenza*) de um ato imperfeito substitutivo de outro perfeito, mantém-se a invalidade de um ato processual geradora de efeitos jurídicos. A mesma tese proferida por Cordero se repete aqui: como explicar que um ato inválido possa gerar efeitos? E ainda, como explicar a referida substituição atípica de um ato processual legal por outro? Assim, a fim de se evitar tautologia, faz-se remissão às críticas levantadas no estudo crítico da sanabilidade e da exigência de demonstração de prejuízo, anteriormente investigadas.

A necessidade de atividade das partes constitui-se em uma sanatória do ato inválido quando não há manifestação por parte dos legitimados. Se por um lado existe a necessidade da atividade das partes para se declarar a nulidade, por outro a inércia daquelas conduzirá à sanatória pela preclusão temporal esgotada o prazo para a arguição do defeito. Nas palavras de Lopes Júnior: "quando o defeito do ato processual não for tão grave como no caso anterior, caberá à parte interessada postular o reconhecimento da nulidade e, segundo o senso comum arraigado, demonstrar o prejuízo processual sofrido. Ademais, se não alegar a nulidade no momento adequado, opera-se a convalidação pela preclusão"<sup>148</sup>. Neste sentido, também as críticas apontadas quando da análise da sanatória da preclusão temporal devem ser remetidas.

Esgotadas as críticas de ordem remissiva, cumpre salientar mais alguns pontos de falta de sintonia com uma concepção instrumental-constitucional do processo penal. A primeira delas articula-se com o dever do juiz de zelar pela legalidade processual. Deveria o magistrado, na percepção de um ato nulo, evitar a declaração de nulidade e aguardar a inércia das partes a fim de ver cristalizado o saneamento do ato? Certamente a obediência ao princípio da estrita legalidade não permite uma valoração positiva de tal atitude. A inércia jurisdicional configurará uma violação ao dever de se garantir uma jurisdição de qualidade. Da mesma forma, não é admissível que a violação de um dever jurisdicional (garantir-se o primado do devido processo legal) - constituindo-se como ato ilícito por omissão - possa servir de elemento de um tipo processual substitutivo. Em outras palavras, a omissão do magistrado, que se constitui como uma infração a seu dever de zelar pelo devido processo é geradora de um pressuposto de sanabilidade. Como se afirmar o saneamento de um ato quando em sua base verifica-se um ato ilícito, ainda que por omissão? Esta a primeira crítica que pode ser tecida em relação

148. LOPES JÚNIOR, Anny. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 384.

à inaplicabilidade da atividade das partes como necessária ao reconhecimento de uma nulidade.

O segundo aspecto a ser considerado refere-se às conseqüências da declaração das nulidades relativas ou absolutas. Apesar das diferentes nuances entre nulidade relativa e absoluta, a declaração judicial que reconhece a invalidade do ato processual em uma e outra categoria são exatamente as mesmas. Ou seja, em ambas existe um ato inválido reconhecido judicialmente, com a posterior desconstituição dos efeitos concernentes à produção defeituosa do ato. Em que pese existir controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da decisão que decreta a nulidade<sup>149</sup>, os efeitos da declaração judicial seriam os mesmos (resguardadas as diferenças baseadas, sobretudo na incidência das sanatórias na nulidade relativa). Desta maneira, se em ambas a atividade jurisdicional equivaleria à repriminção da legalidade violada, como justificar-se um tratamento diferenciado baseado na atividade das partes quando se está em jogo um princípio de ranking superior como é o caso da legalidade processual?

Para além, o sistema italiano reconhece a existência da nulidade intermédia<sup>150</sup>. Trata-se de uma nulidade que fica a meio caminho entre a nulidade absoluta e relativa. Nos casos desta espécie de nulidade, o esgotamento de determinadas fases processuais teria o condão de produzir a preclusão temporal, pelo que ficariam impedidos partes e o próprio magistrado no reconhecimento da invalidade após o marco processual. Todavia, apesar de se tratar de uma nulidade sujeita à preclusão temporal, pode ser declarada de ofício pelo magistrado. Nesse sentido resulta inexplicável como uma nulidade que poderia ser reconhecida de ofício possa ser saneada pela omissão das partes, somada à inércia do juiz, quando se está em jogo exatamente a infração de um dever de zelo pela legalidade processual.

Demais disso, a nulidade intermédia acaba por deslocar o eixo de gravitação da doutrina tradicional, cuja elaboração trabalha em um regime binário de nulidade absoluta e relativa. O recurso à invocação da nulidade intermédia tem uma dupla função. A primeira delas demonstra a injustificabilidade do posicionamento doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sustentação da nulidade relativa enquanto tutela de interesse particular e a

149. Capitanneo por Leone, certo setor doutrinário estatui que a decisão judicial que reconhece a nulidade absoluta possui natureza meramente declaratória, ao passo que a decisão que reconhece a nulidade relativa teria natureza constitutiva.

150. Para Ferraioli e Dalia a nulidade intermédia é assim definida porque é declarável de ofício embora não possa mais ser declarada nem deduzida após a deliberação da sentença de primeiro grau. Dalia, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*, p. 392.

nulidade absoluta como proteção de interesse público. Qual seria a natureza jurídica do interesse resguardado pela nulidade intermédia? Esta inserção de uma nova categoria no cenário da teoria das nulidades confirma a dificuldade teórica, para além da legislativa, do tratamento de um sistema de nulidades. A segunda função resultante da invocação da nulidade intermédia se nutre da demonstração de um dever jurisdicional de se evitar a infração à legalidade processual. Taormina adverte que a faculdade jurídica de o juiz reconhecer a nulidade intermédia de ofício possui caráter subsidiário em relação às partes<sup>151</sup>. Sua atuação seria legítima no momento em que as partes deixassem de arguir a invalidade. No entanto, tal fundamentação é manifestamente precária. A possibilidade jurídica de arguição de ofício de uma invalidade diz muito mais com a proteção do afastamento de uma ilicitude do que uma atividade supletiva, residualmente hábil no repúdio à ilicitude. De toda sorte, tal circunstância apontada por Taormina não explica a consumação da preclusão temporal como sanatória à violação da atividade judicial supletiva. A omissão jurisdicional ainda alimentaria o substrato normativo para o advento da sanatória. Em suma, parece incontestável a existência de uma tautologia paralisante se se optar pela usual explicação teórica a partir do interesse tutelado. Como resultado, a nulidade intermédia demonstra a dificuldade de adaptação da atividade das partes processuais como condicionante da declaração da nulidade no processo penal.

Igualmente, a problemática da vinculação da nulidade ao comportamento ativo das partes esbarra numa outra dimensão, aquela que alguns doutrinadores costumam designar como atuação preventiva. Sustenta-se que se o magistrado verificar, desde logo, a invalidade de um ato processual poderá, desde logo, reconhecê-la a fim de se evitar a contaminação de atos posteriores e a sua imprestabilidade. Nas palavras de Galati a declaração *ex officio* deve intervir para eliminar aquele ato que potencialmente pode causar a nulidade de numerosos atos da série procedimental<sup>152</sup>. Se existe a justificativa para se preventivamente eliminar futura nulidade<sup>153</sup>, como se atribuir à inércia das partes um caráter de sanatória? Se como já exposto,

151. TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*, p. 408 *et seq.*

152. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*, p. 152.

36. Galati sustenta mais de uma vez a postura de atividade preventiva do juiz. A possibilidade de intervenção *ex officio* é considerada uma atividade preventiva, tendo por finalidade eliminar possíveis causas de nulidade, não cabendo traçar distinção se absolutas ou relativas. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*, p. 29.

153. Segundo Iasevoli, ao comentar a função jurisdicional afirma existir uma espécie de necessidade do comportamento do sujeito que motiva a eventual conotação sancionatória, em estreita aderência à ideia do procedimento como realidade em movimento e como combinação teleologicamente pré-ordenada à tipicidade total. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*, p. 103.

existe o dever de fiscalização do princípio da legalidade processual como um dever jurisdicional, tanto que é possível ao magistrado assumir uma função preventiva, o corolário do saneamento pela inércia das partes encontraria sustentação justamente na infração funcional do juiz.

Enfim, pelo exposto, acredita-se haver um dever judicial de afastamento da ilegalidade processual, pelo que a submissão de tal reconhecimento nullo perante atos processuais à atividade das partes é inadequada no âmbito do processo penal. As dificuldades teóricas surgidas mediante o confronto entre princípios antagônicos em atuação no mesmo espaço normativo confirmam a insustentabilidade da atuação das partes como pressuposto de declaração de nulidade.

Pelos argumentos expostos, reputa-se inadmissível, no processo penal, restringir-se a declaração judicial de nulidade à atividade das partes processuais. Desta maneira, entende-se inadequada mais uma das características comumente atribuídas à nulidade relativa. Na continuidade da investigação, necessário passar-se ao exame de mais um elemento das nulidades relativas. Trata-se de sua subordinação a um princípio de maior amplitude, denominado princípio da instrumentalidade das formas. É o que será tratado a seguir.

#### 4.6. Relativização da forma e degeneração inquisitória: a instrumentalidade como acessoriedade da forma ao projeto substancialista

O exame da nulidade relativa segue adiante agora com a colocação à luz do princípio da instrumentalidade das formas. Este princípio, de uma maneira geral, já foi apresentado no capítulo antecedente. Em síntese, por tal princípio se concebe a possibilidade de saneamento do ato processual sempre que a finalidade do ato for atingida, embora praticado imperfeitamente.

Seria possível tratar isoladamente a sanatória de finalidade do ato processual atingida, mas por duas questões elementares, esta diferenciação não será realizada. A primeira justificativa para a adoção desta postura metodológica diz respeito à amplitude que o princípio da instrumentalidade das formas exerce sob as outras modalidades de sanatória, de maneira que a contemplação do princípio de maior abrangência dá conta de um exame da referida sanatória. A segunda justificativa reside no tocante à circunstância de que a sanatória da finalidade do ato atingida é a expressão maior do princípio da instrumentalidade das formas, sendo ambos os conceitos tratados,

por algum setor doutrinário como sinônimos. Assim sendo, feita a primeira advertência metodológica, a sanatória da finalidade do ato atingida será tratada conjuntamente com o princípio da instrumentalidade das formas.

O primeiro ponto da investigação recairá sobre a conexão existente entre o princípio da instrumentalidade das formas e o princípio da proporcionalidade. Este último já foi objeto de análise quando da consideração acerca das provas ilícitas. Como exposto em tópico específico, as provas ilícitas constituem modalidades de atos judiciais inválidos. Desta forma, regem-se também pelos princípios relativos às nulidades e seus efeitos. Perebe-se para além da exposição já referida, que o princípio da proporcionalidade que autoriza a admissibilidade das provas ilícitas guarda íntima relação com o consagrado princípio da instrumentalidade das formas em matéria de nulidade. Isto pelo fato da existência, em ambos os princípios, de uma subordinação de interesses normativamente protegidos a um cálculo finalístico-teleológico. De acordo com Gonzales-Cuellar Serrano, o princípio da proporcionalidade está assentado em dois pressupostos: (a) um de caráter formal, constituído pelo princípio da legalidade e (b) outro material, denominado de justificação teleológica<sup>154</sup>. O primeiro requisito exige uma previsão normativa para a restrição aos direitos fundamentais<sup>155</sup>. O segundo, por seu turno, exige que os fins perseguidos sejam legítimos<sup>156</sup>. Evidentemente, o mau emprego do princípio da proporcionalidade<sup>157</sup> em matéria de provas ilícitas corresponde, em certa medida, à absurda redução, realizada pela doutrina e jurisprudência, das nulidades processuais àquelas relativas,

154. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*.

155. "Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos". GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 69.

156. "El segundo presupuesto, de justificación teleológica, lo hemos definido como 'material' porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos. En este lugar se analiza el fin en sí mismo considerado". GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 69.

157. "Si se acepta el contrapeso 'supratlegal' de valores para justificar el incumplimiento de la ley en perjuicio del grado de protección de los derechos individuales establecido, se abre una brecha en el principio de legalidad y se asigna al principio de proporcionalidad una función pervertida que, lejos de favorecer los derechos fundamentales del ciudadano, hace perder al principio su finalidad de límite de las restricciones, permitiéndose con ello al Estado enmascarar con argumentos pseudojurídicos actuaciones arbitrarias". GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 71.

exigindo-se sempre e em todo caso, a demonstração de prejuízo, aceitando-se como convalidação, a finalidade do ato atingida.

Assim as coisas, o princípio da proporcionalidade é utilizado de forma velada, cuja ponderação recolhe de um lado, o princípio da economia processual<sup>158</sup>. De outro, o princípio da legalidade. A ampliação do espectro de incidência das nulidades relativas em detrimento das absolutas revela a prevalência dada por doutrina e jurisprudência em prol de um processo penal conduzido por determinadas finalidades. As principais como a aplicação da lei penal, a descoberta da verdade, a punição dos culpados, etc é reveladora de uma opção política que prima por se conceber o processo penal como instrumento de defesa social<sup>159</sup>.

Portanto, antes mesmo de se passar aos pormenores do princípio da instrumentalidade das formas, os argumentos que serviram para o exame do princípio da proporcionalidade, desta vez no campo das provas ilícitas parece conduzir o processo penal no plano das nulidades. Máximo aproveitamento dos atos processuais, admissão de exceções à declaração da ilicitude/invalidade (sanatórias), ampliação da esfera de disponibilidade do titular de direitos considerados meramente individuais são alguns traços deixados pela aplicação, mesmo que não expressa, da proporcionalidade no cerne do processo penal.

O primado daquelas finalidades substancialistas é a expressão e o corolário de um predomínio do direito material em detrimento do processual. Como aponta Cuellar-Serrano a subordinação das normas processuais sob a argumentação de servirem de mero instrumento para a realização do direito material conduz a um conceito de instrumentalidade degradado<sup>160</sup>, que deixa o processo como mera ferramenta para consecução de um inte-

158. "Se trata de un presupuesto material que introduce uno de los términos en que se basa el esquema medio-fín que subyace a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: al fin de la injerencia se refiere su idoneidad; y su necesidad, en comparación con otros posibles medios alternativos; e igualmente la justificación teleológica introduce en la ponderación de valores que ha de realizarse en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto aquellos valores que tratan de ser protegidos por la adopción de la medida limitativa". GONZALES-CUELLAR SRRRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 99.

159. "El método de la ponderación de bienes legítima, en horas de necesidad, la injerencia en derechos y principios que, de lo contrario, rigen como fundamento de nuestra cultura jurídica: principio de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, in dubio pro reo, protección del ámbito de la persona". HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, p. 59.

160. Demonstrando a nulidade como obstáculo Pescatore, para quem em si mesmo o ato não será nulo se, não obstante o defeito de algum elemento legal, se pode demonstrar, com segurança a realização do fim para a qual foi instituído. PESCATORE, Matteo. *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale: nelle somme sue regioni e nel suo ordine naturale*, v. II, p. 176.

resse maior<sup>161</sup>. Não raro esta opção, diferentemente daquela aqui sustentada, implica na assunção de vetores principiológicos antidemocráticos. Diversamente da instrumentalidade constitucional, que aponta na direção do processo penal como mecanismo de proteção do hipossuficiente, a tradicional noção de instrumentalidade delega ao processo penal um papel meramente coadjuvante<sup>162</sup>. Ao integrar e complementar as funções postas como essencialmente pertinentes e suficientemente coordenadas pelo direito material, o processo penal é o canal de exaurimento de uma função técnica e auxiliar. Colocar em execução e mobilizar o conjunto de valores pré-determinados pelo direito penal, durante muito tempo relegou o processo penal, nas palavras de Carneletti, ao papel de *gata borralheira*.

Para este gênero de compreensão do processo penal, não é difícil que o princípio da instrumentalidade das formas seja concebido como uma "revolução" ou ainda, uma "expressão do Estado Democrático de Direito", cujo fito primordial é o repúdio ao formalismo excessivo que brotava do cenário processual. Aliás, a expressão máxima do formalismo foi conduzida justamente pelo processo civil, cuja ampliação teórica apenas se sustenta a partir do desenvolvimento e incremento teórico da teoria geral do processo.

Forçoso desconfiar portanto, daquelas teorias que privilegiaram, incondicionalmente, o reinado da instrumentalidade das formas, cuja opção política vem posta legislativamente pelo Código Rocco de 1930 e sustentada por

161. "La doctrina alemana ha resalado que el Derecho procesal penal no tiene exclusivamente una función instrumental respecto al Derecho material de tal forma que resulte superfluo preguntarse por la justicia propia de las normas procesales. El Derecho procesal penal está presidido - en opinión de la doctrina alemana - por los principios de verdad y justicia y ciertamente la determinación de los hechos que resultan relevantes, desde el punto de vista de la aplicación de sus normas, se desprende, como sostiene Neumann - de consideraciones propias del Derecho penal material. Sin embargo - añade el autor citado -, circunscribir la finalidad del proceso a la obtención de una 'verdad' que permita fundamentar una decisión jurídicamente correcta desde la perspectiva del Derecho material conduce a un claro predominio del Derecho penal, en detrimento del Derecho procesal. Y, con ello, el Derecho procesal penal es reducido a una función meramente técnica o instrumental que actualmente no es aceptada con este carácter absoluto por la doctrina. Si las normas procesales fueran tan sólo 'instrumentales' carecería de sentido preguntarse por su justicia y no se justificaría la necesaria realización de una ponderación de valores en su aplicación. En consecuencia, es preciso entender, por el contrario, que las normas procesales penales no cumplen un papel meramente subalterno que impida su interpretación y aplicación desde el punto de vista de los valores. En el proceso penal se presentan muy frecuentemente situaciones de conflicto que deben ser resueltas desde la perspectiva de los intereses enfrentados, bajo la observancia del principio de proporcionalidad". GONZALES-CUELLAR SRRRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 243-244.

162. Para se ter notícia disto basta analisar-se a posição de Garofalo, para quem é de se questionar se o instituto da nulidade é socialmente útil, devendo ser reformado. GAROFALO, Raffaele. *Le Nulità nel Giudizi Penale e l'Istituto della Cassazione. In Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza*, a. 1, v. 1. Napoli: Eugenio Margheri, 1903, p. 03-04.



Manzini e Garofalo. Tais características por si só estariam a indicar o merecimento de um tratamento mais cauteloso em respeito à forma processual penal. A teoria das nulidades, que passa a ser gerida em meio a uma utilitária perseguição de finalidades extraprocessuais, muitas vezes inclinada por concepções totalitárias - se bem que conte atualmente com muitas camuflagens e escamoteamentos decorados por princípios - deve ser reavaliada. Demais disso, não se deve olvidar que o princípio da instrumentalidade das formas foi desenvolvido para o processo civil, tendo em vista dois motivos básicos: (a) o primeiro parece óbvio: o processo civil, proceduralmente, é muito mais complexo do que o processo penal. A fim de se evitar o formalismo técnico-jurídico que tomou conta do seu desenvolvimento, o princípio da instrumentalidade das formas serviu para que pequenas imperfeições procedimentais pudessem ser relevadas e a satisfação dos interesses em jogo plenamente realizada; (b) o segundo motivo também parece lógico: o primado do princípio da necessidade do processo em relação à pena (elemento essencial do processo penal<sup>163</sup>) torna a forma processual penal necessária plena e legítima realização do direito material, coisa que não se verifica no direito civil, que pode prescindir do processo. De toda sorte, a própria possibilidade de composição entre a partes, referente a *res in iudicio deducta* significaria que a forma, no processo civil, assume um papel revestido de menor magnitude do que no processo penal.

Frete ao contexto descrito, o princípio da instrumentalidade das formas não encontraria no processo civil, oponibilidade. Representaria, pelo contrário, a manifestação de um primado do direito material em relação ao aspecto formal. Como referido coisa diversa acontece na seara processual penal. O processo e a forma dos atos representam e passam a integrar a própria legitimidade da aplicação da pena, o que impede uma atitude complacente com as desformalizações que proliferam no processo penal. Como observa Moscarini no processo civil vale o princípio da subordinação da forma ao objetivo do ato, ou mais explicitamente, a instrumentalidade das formas, onde o juízo sobre a validade do ato depende não apenas da observância ou não da forma, mas sobretudo, da relação entre esta e a finalidade do ato<sup>164</sup>. O que se pode destacar, no momento, é a sujeição do ato processual à perseguição de uma finalidade. Forma e finalidade manteriam uma relação biunívoca, compreendendo em seu âmbito, uma espécie de tensão constante entre uma consolidação utilitária do ato processual e outra mais

rigorosa e inflexível, destinada à preservação da legalidade processual<sup>165</sup>. Liebman chama a atenção para um aspecto importante do conceito de finalidade do ato processual, ainda que de certa forma olvidado pela doutrina tradicional. A compreensão de finalidade não pode ser simplesmente tomada em seu sentido subjetivo, isto é, de acordo com as vantagens processuais a ser extraídas da consumação perfeita do ato processual e seu paralelo relação à situação jurídica criada pela consecução da aludida finalidade. Liebman destaca que o sentido do conceito de finalidade deve ser perspectivado a partir da função técnica que a norma assegura para a disciplina processual. De acordo com o próprio processualista italiano por objetivo do ato não se deve entender a finalidade subjetiva, que pode ser extraída da mente de qualquer pessoa, mas da finalidade objetiva, ou seja, a função técnica que a lei assinalou à disciplina do processo<sup>166</sup>. Compartilha de igual posicionamento Zanzuchi, para quem a finalidade do ato é avaliar objetivamente, a finalidade do processo, não subjetivamente a nulidade que do ato acarretaria<sup>167</sup>. Como se pode depreender do posicionamento de Liebman e Zanzuchi, a análise objetiva da finalidade (considerada como sanatória da nulidade) conduz ao rechaço de uma teoria rigorosa ou forte das nulidades, posto que permite a condução dos atos processuais a um objeto maior, que seria o escopo último do próprio processo.

Moscarini defende a idéia de que o ato processual em si não possuiria finalidade alguma. O que deve ser levado em consideração no exame acerca da ocorrência da sanatória é justamente o aspecto global resumido sob o escopo do processo: os atos processuais não tem, nenhum, uma finalidade própria, ou melhor, são, desde este perfil, privados de autêntica autonomia, já que são remetidos a um fim último que transcende a direção imediata<sup>168</sup>. Em que pese alguma divergência teórica a respeito de Liebman e Zanzuchi, compartilha a hipótese de que ato ou processo integralmente considerado possuem determinadas finalidades a serem perseguidas<sup>169</sup>. O resultado disso

165. Dado o caráter bilateral do processo, o objetivo do ato recairá não sobre a nulidade que uma parte entende verificável mas na finalidade que, num sentido mais amplo de processo, recaí sob a atuação da lei, assegurada pelo ordenamento jurídico. ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. v. I, p. 411.

166. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 232-233.

167. ZANZUCHI, Diritto Processuale Civile. v. I, p. 448-449.

168. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 32.

169. Para Moscarini a individualização da finalidade do ato processual não pode, assim, prescindir da consideração que tal ato, como elemento componente da série procedimental, seja concebido à luz de uma realidade global, isto é, da realização do procedimento por força da particular relação entre vários fatos que concorrem para lhe integrar, pelo que cada um desses se dá como consequência do

163. TOLOMEI, Alberto Domenico. *I Principi Fondamentali del Processo Penale*. p. 48 e seguintes.

164. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 25.

para o processo penal é desastroso. Novamente pululam e encontram no seio da finalidade global atingida aquelas teorias antidemocráticas que delegam ao processo penal o encontro com a verdade, a necessidade de punição do acusado e tantas outras. Mediante o recurso a estas fórmulas mágicas (Wiehölter) o processo penal subsume-se numa espécie de cruzada em prol da erradicação do mal, no combate aos inimigos, etc. Tais fórmulas mágicas conduzem à convalescença do ato defeituoso em nome de um grandiloquente objetivo do processo, que não pode ser paralisado ou obstaculizado por intermédio de um apego formalista aos requisitos abstratos dos atos jurídico-processuais. Aqui se encontra também o fundamento da tese da lesividade substancial do ato processual a seguir examinada<sup>170</sup>.

Radicalizando-se a extensão da sanatória da finalidade atingida se acredita poder aplicá-la a todas as espécies de nulidades, incluindo-se as abso-lutas, tachando de verdadeiro absurdo renovar um ato quando a finalidade já fora obtida. Obviamente, cuida-se de uma ampliação desmesurada de um modelo utilitarista de processo penal, o que, por uma série de razões que foram tratadas ao logo desta investigação, torna despicando um novo desenvolvimento teórico. Todavia, a sanatória da finalidade atingida possui ao mesmo tempo, uma relação com o que se pode denominar anteriormente, como concepção de lesividade substancial do ato processual. Mediante o recurso a esta compreensão do fenômeno processual, são sanáveis todos os atos jurídicos, à exceção daqueles cuja violação à forma tenha acarretado uma lesão de tal monta sem que possa considerá-la como uma lesão material ou substancial, tornando o ato imprestável.

O princípio da instrumentalidade das formas, de uma maneira mascarada, acaba adotando uma postura que tão somente reconhece a nulidade do ato processual quando a lesão é tamanha que não se possa falar em saneamento. Em outras palavras, somente quando o defeito inquina de tal forma o ato a tolher qualquer capacidade de produção de efeitos jurídicos, não se cogitando do advento de sanatória capaz de debelar a eiva seria possível falar-se em nulidade. Iasevoli aponta algumas razões pelas quais os diferentes modelos de direito processual penal vigentes de uma maneira geral, têm se mostrado afeitos ao acolhimento de uma concepção de lesividade

precedente. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 37.

170. Sustenta Iasevoli que a tese da lesividade substancial se fundava sobre a generalidade da finalidade. Sobre o plano aplicativo o pressuposto da declaratória da sanção era a verificação da concreta lesão ao interesse tutelado pela norma violada e a respectiva ausência de prejuízo se assenta como uma condição obstaculatória. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 247.

substancial como a forma prevalente de uma teoria do ato processual defeituoso. A primeira razão apontada pela processualista italiana encontra base na circunstância de que com isso opera-se uma restrição no âmbito de atividade da sanção em contraste com o itinerário normativo de aplicabilidade desta, não constituindo o prejuízo efetivo um requisito autônomo. Uma segunda razão para a ampliação do modelo de lesividade substancial diz respeito ao fato de que o perfil da lesividade é absorvido pelo defeito do ato em relação ao modelo legal de referência<sup>171</sup>. Em ambos os casos ocorrem: (a) a diminuição do âmbito de incidência da nulidade, perfectibilizando-se um regime utilitário de forma processual; (b) o modelo legal constituir-se-á como mera referência, passando a integrar a sanatória e o ato equivalente os reais e efetivos paradigmas práticos deste primado da necessidade de violação substancial aos pressupostos formais dos atos jurídicos<sup>172</sup>. Nas palavras de Iasevoli, o critério da efetiva lesividade do vício é manifestamente supérfluo, porque a valoração se opera *ab origine* pelo legislador com a previsão de sanção processual. Nesta lógica se explica a omissão de previsão do remédio sancionatório, considerando o ordenamento irrelevante a desconformidade do ato em relação ao seu modelo legal<sup>173</sup>. Além disso, a processualista italiana sustenta a inaplicabilidade do princípio da lesividade substancial a partir de mais dois argumentos. O primeiro diz respeito ao fato de que a inexistência de prejuízo efetivo como requisito negativo levaria a uma situação de integração do ato ao paradigma jurídico, embora existam elementos de invalidade que conduziram à nulidade, com a assunção da imperfeição à categoria de requisito substitutivo. A segunda razão estaria no fato de que a constatação de efetivo prejuízo à parte não escaparia de uma arbitrariedade livre de qualquer espécie de controle judicial<sup>174</sup>.

Há que se sublinhar, o que de certa maneira já foi realizado em tópico específico no capítulo precedente, da vinculação do princípio da instrumentalidade das formas ao Código Rocco bem como a ideais de inspiração

171. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 250-251.

172. "Para Iasevoli a atividade conforme ao paradigma jurídico realiza a finalidade pois a explicita formulação de um esquema é sempre a avaliação de sua adequação ou de sua correspondência na projeção teleológica. Consegue-se a aceitação de uma finalidade não como elemento sanado, mas como projeção do valor da previsão. Trata-se de uma noção legislativa, não judiciária. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 252.

173. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 234.

174. Segundo Iasevoli a razão da inaplicabilidade de tal cânone hermenêutico é duplice: a) a inexistência de prejuízo efetivo como requisito negativo conduziria ao paradoxo da integração do paradigma jurídico, não obstante a ausência de elementos previstos sob pena de nulidade, atribuindo aquele conotado o papel de requisito substitutivo; b) o juízo de desvalor do ato se articularia na verificação da conformidade ao modelo e da efetiva lesão ao interesse tutelado no âmbito do exercício de uma discricionariedade livre. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 206.

nitidamente autoritária. O princípio em questão foi defendido ao seu tempo por ninguém menos do que Garofalo, um dos expoentes da defesa social na Itália. De acordo com Galati parece ilógico, para não dizer antieconômico, proceder à anulação de um ato, quando, a juízo da parte, o interesse tutelado pela disposição não observada não é violado ou, se violado, é de todo irrelevante<sup>175</sup>. Uma vez mais reaparece, conjuntamente com o princípio da instrumentalidade das formas, o princípio da economia processual, a ditar a flexibilização e simplificação das formas processuais<sup>176</sup>. Mas não é só. Tal como ocorre no Código de Processo Penal brasileiro, Garofalo defendia a aplicabilidade da nulidade somente a atos processuais que contribuíram para a descoberta da "verdade real"<sup>177</sup>, em nenhum caso se poderá declarar-se a nulidade de um ato, senão no interesse da lei mesmo pela omissão da formalidade prescrita à pena de nulidade, quando o ato nulo não teve importância concreta sobre a decisão da causa<sup>178</sup>. Além das sanções já examinadas, o ato processual não poderia, a fim de incidir a declaração judicial de invalidade, ter pouca ou nenhuma influência na solução do caso penal. A partir desse modo de operar seria admissível mais uma pantomima: bastaria ao juiz que não desejasse a invalidação, considerar o ato processual em questão irrelevante. O saneamento já não se daria pelas causas até então conhecidas. Mas a irrelevância do ato, somada ao princípio de economia processual permitiria que o processo seguisse o seu caminho usual, sem medidas judiciais a procrastinar o andamento da demanda penal.

O princípio da instrumentalidade das formas promove ainda, a degradação do próprio conceito de instrumentalidade, que conduz à ideia de acessoriedade do processo penal ao direito substancial com a perda de sua autonomia<sup>179</sup>. Aqui que as denominadas teses substancialistas encontram

175. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 43.

176. "A teoria do prejuízo e o requintado *pus nullità sans grief* só servem para agravar a crise do sistema de invalidades processuais, pois se alguma garantia existe na chamada nulidade absoluta, tudo cai por terra com a inadequada relativização operada diariamente pelos tribunais brasileiros" LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. VII, p. 391.

177. Importante a consideração de Giarda acerca da relação entre verdade real e direitos do homem: afirma o autor que em um tipo de processo como o italiano, no qual a busca da 'verdade material' constitui a meta indefectível de qualquer atividade processual e representa o critério negativo de reconhecimento dos direitos individuais era quase natural que não se desse espaço à tutela incondicionada de qualquer exigência mínima e incoercível de liberdade, que termina por ser os 'direitos do homem' GIARDA, Angelo. *Diritti Dell'Uomo e Processo Penale Italiano: un bilancio e prospettive operative*. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXIV, Milano: Giuffrè, 1981, p. 922.

178. GAROFALO, Rafaelle; CARELLI, Luigi. *Riforma della Procedura Penale. Progetto di un Nuovo Codice*. p. CXV.

179. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 92.

importante alicerce teórico, com a degeneração do processo penal a uma mera seqüência de atos subordinada a fins mais nobres, justamente aqueles vinculados ao direito penal<sup>180</sup>. Esta postura de uma instrumentalidade que concebe o processo como um mero adereço para a obtenção de finalidades esbarrá, obviamente, numa filtragem constitucional que se faça da inserção do processo penal no cenário do tratamento direto com direitos fundamentais. Como acertadamente aponta Padovani o dogma da instrumentalidade delinea o papel do processo como um 'servo mudo' indefinitiva e ilimitadamente disponível a realizar, por um aparato de transmissão, as exigências de um sistema de valores dado a *priori*<sup>181</sup>. Esta uma das razões primordiais que confirmam as recentes transformações do processo penal, que acaba se transformando em um lócus por excelência para o exercício do controle social tomando-se por base o pensamento da defesa social<sup>182</sup>.

Iasevoli chega a ponto de reconhecer, na instrumentalidade do processo penal uma negação da jurisdicionalidade do processo, tendo em vista o condicionamento metodológico do processo penal ao direito material<sup>183</sup>. A instrumentalidade é exatamente negação da 'jurisdicionalidade' do processo, e na afirmação da segunda significa liberar-se dos condicionamentos metodológicos da primeira<sup>184</sup>. Como se pode detectar, a noção de instrumentalidade constitucional permite a fusão metodológica do processo penal ao direito constitucional. Entretanto, o que se tem com a concepção tradicional de instrumentalidade, que pode ser perfeitamente encontrada no princípio da instrumentalidade das formas a ampliar seu espaço no processo penal é a subordinação (com a consequente degeneração) do processo penal a fins de política criminal, requintados com o que se pode identificar

180. Para Moscarini tanto é que não é aceitável a própria distinção entre norma substancial e norma processual, que a distinção se atribui o significado de que as normas substanciais são qualificadas assim porque apenas criam substância, isto é, incidem no patrimônio no sentido lato do sujeito, criando poderes, deveres, facultades. Ao contrário, é possível sublinhar o erro da referida diferenciação, já que, em princípio também no processo deviam situações por assim dizer substanciais: pense-se nos efeitos dos procedimentos cautelares. Bastará aqui mencionar aqui que a distinção criticada se subsume numa visão estática do ordenamento, na qual não existe o peso condicionante das normas de organização, na qual o perfil dinâmico se encontra ancorado. MENCARELLI, F. *Il Provvedimento Abnorme Nella Teoria del Processo Penale*. p. 224.

181. PADOVANI, Tullio. *Il Crepuscolo della Legalità nel Processo Legaltà*. *Riflessione Antistoriche Sulle Dimensioni Processuali Della Legalità Penale*. *In L'Indice Penale*. Padova, 1999, p. 259.

182. Para Iasevoli a metamorfose jurídica desta relação concebe hoje o processo como um 'sócio partícip' do direito substancial; para não dizer de uma feição oposta, de uma instrumentalidade inversa dos originários termos da relação, que haveria transformado o primeiro em um sócio tirano do segundo, fazendo com que o processo se transformasse em local privilegiado do controle social. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 92.

183. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 93.

184. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 93.

por finalidade genérica, que dá vez ao aparecimento da tese da lesividade substancial. Além das finalidades gerais de política criminal projetadas no processo penal, o princípio da economia processual acaba trazendo uma ainda maior necessidade de aproveitamento de todos os atos processuais: é possível legitimar-se no conceito de sanção a reação do ordenamento diante do princípio da economia.<sup>185</sup> Há quem inclusive sustente que a finalidade atingida sequer constituiria uma hipótese de sanatória, tendo em vista se tratar do primado da substância do ato sobre a sua forma<sup>186</sup>. No final das contas, parece indubitoso que o princípio da instrumentalidade das formas corresponde a uma subordinação do processo penal a fins exteriores, de regra vinculados ao pensamento de defesa social.

Os problemas na adoção e no comportamento do processo penal a partir da atuação do princípio da instrumentalidade das formas não param nas críticas alhures apontadas. Há mais questões a serem refletidas. Um dos problemas sustentados por Cordero acerca da sanatória dos atos processuais reside justamente no tratamento paritário do ato imperfeito como espécie substitutiva em relação ao ato processual não defeituoso. Seria paradoxal admitir-se a mesma produção de efeitos jurídicos do ato irregular em comparação com o perfeitamente realizado<sup>187</sup>. Como advertirá Moscarini se se considera globalmente a sentença favorável à sanabilidade da nulidade absoluta (por atingir a finalidade do ato ou por outra causa é fácil observar que, na quase totalidade dos casos, se toca em matéria de violação do direito de defesa do imputado)<sup>188</sup>. Evidentemente que as sanatórias e em especial o princípio da instrumentalidade da forma jogam com os instrumentos de defesa do imputado. A disposição de um processo penal voltado para obtenção de finalidades genéricas<sup>189</sup> exige o sacrifício da amplitude de defesa do

185. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 72-73.

186. Para Massa assiste-se à prevalência da substância sobre a forma do ato, pelo que, sob este ângulo visual, não se deve falar de uma verdadeira e própria causa de sanatória, porque em efeito é o ato próprio, que apesar de imperfeito e não realizado de acordo com a forma legal, há idoneidade de atingir, por sua substância, aquela finalidade destinada pela lei, sem que nenhum elemento externo (aceitação, decurso do tempo, exceção, etc) intervenha para eliminar o vício. MASSA, C. *Laquelescenza nel Processo Penale*. p. 177.

187. De acordo com Cordero afirmar que o ato divergente do modelo legal e aquele perfeito produzem as mesmas consequências consiste em uma eventualidade absolutamente proibida pelo princípio da tipicidade, cuja função consiste em assegurar, através de uma espécie de definição tautológica, um insuperável limite à fenomenologia do "possível jurídico". CORDERO, Franco. *Riflessioni in Tema di Nullità Assoluta*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 248.

188. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 108.

189. "Nulidade, isto é, que superando a necessidade da formal legalidade do procedimento, são preordenadas à necessidade que a finalidade do próprio processo se possa conseguir". DE MARSICO, A. *Le Nullità nel Nuovo Codice di Procedura Penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 518.

acusado. A sanatória da finalidade atingida, que exemplifica o caso mais concreto de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas seria aplicável tão somente aos casos de nulidade relativa<sup>190</sup>. Todavia, a paulatina relativização das nulidades relativas e o crescimento da aplicabilidade das sanatórias aos casos de nulidade absoluta registram um fenômeno de vinculação dos atos processuais penais ao retromencionado princípio, confirmando o desgaste que durante bom tempo serviu ao regime das nulidades: o critério do interesse público e privado<sup>191</sup>. Essa relativização das nulidades absolutas em prol das relativas corresponde a fenômeno semelhante àquele que se deu na Itália com o Código Rocco: a conclusão mais óbvia foi no sentido de abolir a categoria da nulidade absoluta sujeitando-a à sanatória estabelecida para as outras nulidades<sup>192</sup>. Esta invasão do princípio da instrumentalidade das formas<sup>193</sup> no campo das nulidades absolutas corresponde a uma progressiva eliminação das nulidades absolutas<sup>194</sup>, embora tal fenômeno ocorra de forma velada, muitas vezes socorrendo-se do princípio da proporcionalidade, como já visto<sup>195</sup>.

190. "Em suma, o interessado pode considerar mais conveniente pela própria posição processual a determinação de não arguir a nulidade relativa, renunciando a valer-se da faculdade, que lhe é concedida. Neste contexto o juiz, como garante da legalidade do procedimento, verifica, de unilado, a compatibilidade do poder dispositivo com o acerto do fato na observância das regras procedimentais; de outro, a livre formação da vontade dos sujeitos". IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 219.

191. Para Pressuti, atônica-recai sobre a tutela dos interesses processuais cujo instituto da nulidade coordenado em um sistema unitário, era finalizado. A distinção das nulidades em absolutas e relativas, que permaneceu nesta regulamentação foi entrelaçada no princípio do interesse público de ordem superior. PRESSUTI, Adonella. *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XIX. 1976. p. 1195.

192. PRESSUTI, Adonella. *Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XIX. 1976. p. 1203.

193. Em ordem de flexibilização do sistema Iasevoli afirma que não se pode negar ao legislador o poder de efetuar uma ponderação razoável entre as exigências de predeterminação da disciplina processual e aquelas de flexibilização, mesmo que seja aquela indispensável para a realização da melhor tutela jurisdicional. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 70.

194. Segundo Iasevoli a cláusula de realização do objetivo conduziria à afirmação da sanabilidade de qualquer nulidade absoluta em virtude da razão que no juízo de valor o fulcro se identificava com a concreta idoneidade do ato, relegando para segundo plano não apenas a previsão *ex lege* da nulidade, mas sobretudo o dado da desconformidade do esquema legal. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 248.

195. "Parece evidente que no es exigible a una medida una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta, pero la dificultad estriba en determinar el grado de eficacia requerido por el principio de idoneidad. La cuestión se complica por el hecho de que, quien está autorizado a perseguir un fin, se encuentra también facultado para tratar de obtener un éxito menor. El problema consiste en trazar la frontera entre las medidas no absolutamente idóneas que deben reputarse legítimas desde el punto de vista de la observancia del principio de idoneidad y aquellas que deben excluirse por resultar inidóneas y, por tanto, desproporcionadas". GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 156.

Lopes Junior tenta dar um contorno ao princípio da instrumentalidade das formas voltando-se para a instrumentalidade constitucional do processo penal. Desta maneira sustenta que "a finalidade do ato processual cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia ao princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do princípio constitucional (ali contido)"<sup>196</sup>. Evidentemente que o processo penal e os atos processuais deverão ser pensados como formas de proteção do mais fraco, o que revela o acerto da proposta do autor: Assim a nulidade se revestiria de um caráter repristinador do princípio protegido pela forma processual. A declaração de invalidade do ato configuraria uma tentativa de se maximizar a eficácia dos princípios constitucionais que regulam as regras processuais.

Se se auferir um grau alto de respeito à forma processual, o princípio da instrumentalidade das formas merece ser abandonado. Isto por que, além dos motivos apontados no presente tópico, se legítima na principal forma de subserviência à característica do sistema inquisitorial que mais se destaca na relação com a teoria das nulidades. O sistema inquisitorial trabalha e opera a partir de uma ilegalidade congênita, de forma que os atos processuais podem ser renovados, produzir efeitos, enfim, ser sanados independentemente de sua qualificação jurídica (obtenção de prova, notificação, sentença, etc.). A razão disto é o funcionamento deste modelo de processo tendo como pressuposto básico a procura irrestrita pela verdade, passível de operar a partir de quadros mentais paranóicos. A funcionalidade dos atos é a palavra chave, parafraseando Leone<sup>197</sup>. Não resta dúvida alguma da afeição entre instrumentalidade das formas e sistema inquisitorial. Para este último a forma é mero obstáculo e deve ser evitada a todo custo. Nas palavras de Garofalo, defensor da instrumentalidade das formas, para poder reconhecer a nulidade de um ato, necessita-se identificar a finalidade da lei, se da leve ruptura da forma resulta realmente falhas àquelas garantias previstas em lei, ditadas no interesse do imputado ou da defesa social<sup>198</sup>. A

196. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II, p. 388.

197. Segundo Leone não obstante um vício do ato, este - sem que intervenha algum elemento novo - atinge igualmente a sua finalidade em relação a todos os interessados e é evidente que o vício não era de tal monta para incidir sobre a funcionalidade do ato. LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. p. 328.

198. GAROFALO, Raffaele; CARELLI, Luigi. *Riforma della Procedura Penale. Progetto di un Nuovo Codice*. p. CXIII.

nulidade somente será ditada pelo juiz quando capaz de "influenciar nocivamente" o restante do processo<sup>199</sup>.

Após todas as críticas apontadas, verificou-se pela incapacidade de o princípio da instrumentalidade das formas atender a critérios constitucionais que permeiam o processo penal e suas formas de autocontrole respectivamente aos vícios<sup>200</sup>. Resta ainda, a fim de encerrar o exame das características das nulidades relativas, o paralelo entre estas e as nulidades absolutas, a partir do marco da jurisdicionalidade. Trata-se do objeto que a seguir será posto às luzes da investigação.

#### 4.7. O princípio da estrita jurisdicionalidade no marco da eoria das invalidades: refutação à concepção instrumentalista-funcional-teleológica do processo penal

A investigação partirá, a fim de finalizar o exame proposto acerca das características das nulidades relativas, para uma análise de política criminal incidental sobre o tema da invalidade. Como é cediço, o processo penal se transformou, ao largo do século XX, com plena continuidade no século XXI, em um importante instrumento de política criminal<sup>201</sup>. A falência simbólica da pena, as extremas dificuldades teóricas encontradas pelo direito penal para encontrar justificações são apenas algumas facetas que impulsionaram o processo penal rumo à assunção daquelas tarefas inexequíveis no plano do direito material. Também a autonomização do direito processual penal como disciplina científica proporcionou a sua consecução como finalidade de uma política criminal.

Um dos exemplos mais cristalinos dessa transposição de funções de uma dimensão à outra corre por conta das prisões cautelares<sup>202</sup>. A sua banalização pode ser facilmente monitorada sob o prisma da prevenção geral, principalmente em crimes reputados pela mídia como "graves". A exigência pela punição imediata atua como um sedante simbólico, apto a dissemi-

199. Para Garofalo Surgiria assim, como uma direta derivação desta segunda orientação outro critério de individualização das hipóteses de nulidade, critério que mais tarde será definido como "efeito prejudicial": por isso a anulação deve ocorrer com a inobservância de uma prescrição legal ou omissão de uma formalidade que seja julgada de tal forma a exercer uma influência nociva. GAROFALO, Raffaele. *La Nuova Procedura Penale. In Nuova Antologia*, Roma: Forzani, 1901. p.627.

200. Para Conso na realidade dos direitos positivos o processo tende a corrigir por si mesmo os próprios vícios, exercitando uma espécie de autocontrole. CONSO, Giovanni. *Il Concerto e le Specie D'invalidità*. p.26.

201. Cf FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal*.

202. Cf DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti Della Teoria Cautelare Penale: la carcerazione preventiva*.

nar um efeito catártico. As demais medidas acessórias como sequestros de bens, indisponibilidade patrimonial, o tão polêmico tema do uso de algemas que inclusive se tornou objeto de súmula vinculante desvela exatamente a absorção pelo processo penal, daquelas funções comumente atribuídas ao direito penal.

Em meio a tal panorama, o tema da teoria do ato processual penal defeituoso não poderia deixar de ser examinado. O cenário mediante o qual se desenvolveu a teoria das nulidades, como já mencionado em outro lugar, permitiu a conversão de dois módulos teóricos aparentemente irreconciliáveis. De um lado, a teoria privatista do ato jurídico<sup>203</sup>, a operar num esquema manifestamente voltado para situações da vida civil, com o consócio direcionamento e acoplamento em sede de teoria geral do processo (na realidade uma teoria do direito processual civil). De outro o sistema inquisitorial, governado, naquilo que guarda respeito à teoria das nulidades, por uma espécie de ilegalidade congênita, o que como foi referido, não se trata de inexistência de normas, mas da criação de exceções e de uma manipulação discursiva apta a afastar sua incidência ou torná-la mais rígorosa, tarefa sempre confiada ao inquisidor, que manuseia os atos processuais de acordo com a necessidade de confirmação de suas hipóteses, que suplantam os fatos (Cordero). Assim sendo, afirmou-se que a teoria das nulidades desenvolve-se tal qual palimpsesto, no qual é possível encontrar nos princípios gerais (que se assemelham no plano do direito continental), traços de um hibridismo<sup>204</sup> que amolda ao sistema inquisitorial, a teoria privatista do ato jurídico. Como aponta Iasevoli, a heterogeneidade da disciplina era resultado do compromisso entre a predeterminação legislativa de situações patológicas e a teoria de matriz francesa<sup>205</sup>.

O presente tópico trata de expor as razões pelas quais este processo penal invadido por uma espécie de pragmatismo de caráter instrumental-teleológico

203. "Pior é a situação daqueles que partem da teoria do ato jurídico, ou seja, da matriz conceitual do direito material (Código Civil), o que se revela completamente descabido, até porque, no processo, a nulidade de um ato depende sempre de reconhecimento através de decisão judicial, o que não sucede no direito privado (onde o ato nulo não produz qualquer efeito, pois a ineficácia é automática). Não pensamos ser adequado estruturar uma teoria das nulidades processuais desde a analogia com a concepção do direito material, cuja dimensão estática estabelece uma absoluta e insuperável contradição com a dinâmica do processo, além de não incorporar a problemática da contaminação dos atos supervenientes". LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.11. p. 381.

204. Segundo Iasevoli a equivoquidade da transposição para o sistema processual de definições pertencentes a outros ramos do direito não se adaptou à heterogênea multiplicidade de imperfeições dos atos. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 137.

205. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 147.

não pode apresentar uma teoria das nulidades senão para maximizar a eficiência daquelas funções transplantadas do direito ao processo penal. A atual matriz principiológica da teoria das nulidades opera a partir do vetor eficiência, de acordo com o balizamento do princípio da instrumentalidade das formas, para o qual a forma é mera aparência, requerendo-se sempre a análise de um substrato, geralmente conotado a partir de uma ponderação entre economia processual e direitos fundamentais, com nítida vantagem para o primeiro em relação ao segundo. As características atribuídas pela doutrina e jurisprudência<sup>206</sup> contribuem para a manutenção de uma economia das formas extremamente solícita à corrupção da estrita jurisdicionalidade<sup>207</sup>. Portanto, preferiu-se denominar esta corrupção dos postulados elementares do processo penal como instrumento de defesa do mais fraco (hipossuficiência estrutural) de uma perspectiva instrumentalista-funcional-teleológica. Explica-se. Recorreu-se à terminologia instrumentalista em sua acepção lata (ou fraca). Considerar-se o processo penal como mero instrumento de realização do direito penal remonta um panorama de estrita subordinação do processo penal aos fins do direito penal<sup>208</sup>, respondendo a um estado não apenas de subserviência disciplinar, mas de primeiro desenvolvimento teórico. Aceitar-se que o processo serve para a realização do direito penal degenera aquele como mera opção legislativa que poderia assumir diversas conotações, tudo ao sabor da política criminal imperante. A invasão de funções próprias da política criminal no processo penal contemporâneo, além das inúmeras turbulências provocadas, promove um retorno a uma zona cinzenta de amálgama de categorias que involucram conceitualmente direito material e processo. Com isso, retorna-se a um estado atávico de involução teórica, submetendo o processo aos

206. "A jurisprudência brasileira nessa matéria é caótica, fruto de uma má sistemática legal e da indevida importação de categorias do processo civil, absolutamente inadequadas para o processo penal". LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.11. p. 382.

207. Segundo Dinacci a jurisdicionalidade é percebida sobretudo em uma função subletra na qual se determina em função da efetiva autonomia do juiz no momento decisório. A jurisdicionalidade pode ser derivada somente da aplicação das garantias jurídicas. Quem pratica o processo penal tetraplana consciência do fenômeno indicado. DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. p. 87.

208. "Na contramão, no plano das práticas dos tribunais - no cotejo entre as normas penais e as processuais-penais - não raro se dá mais ênfase ao direito material, valorizando-se mais o Código Penal que o Código de Processo Penal, onde *vg.*, continuam sendo aplicados princípios (*litragassados*) como o de que "não há nulidade sem prejuízo", sendo estas (ainda) examinadas sob o prisma do velho Código de Processo Penal forjado no modelo liberal-individualista dos idos da década de 40, isto para dizer o mínimo". STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. p. 256.

ditames de outra razão<sup>209</sup>. Ao contrário do que aqui foi sustentado, não há que se rechaçar uma instrumentalidade de caráter forte. Esta submeterá o processo penal à proteção do débil, alicerçando um compromisso democrático com a base constitucional de sustentação do processo penal, algo por decerto incontornável no atual momento cultural da civilização ocidental.

Em segundo plano, o processo penal também acaba sofrendo as influências de um funcionalismo radicalizado ao máximo. Por funcionalismo pode-se entender, inclusive com o recurso analógico ao direito penal, uma matriz de pensamento cujos pilares de sustentação partem de uma concepção organicista de sociedade (positivismo organicista, herança de Comte) ou ainda, atualmente, de uma concepção totalizante de sociedade, hábil a tratá-la como o conjunto de todas as comunicações (Luhman). Esta última vertente, apesar do desconcerto com que foi empregada, remete inclusive a uma tentativa de dissolução do conceito de bem jurídico e à submissão do direito penal à proteção de expectativas normativas e conservação da identidade de determinada sociedade (Jakobs). Dentro da linha de pensamento funcionalista, há uma prevalência das funções<sup>210</sup> relativas às estruturas da sociedade em detrimento de qualquer outra instância. Dentro desse marco o processo penal poderia ser pensado como mecanismo de consecução das tarefas designadas e atribuídas ao direito. A prevalência de uma razão instrumental equivaleria aqui, a pensar-se o processo penal como um procedimento de aprendizagem dos sujeitos processuais diante das decisões dos tribunais<sup>211</sup>.

Finalmente, a denominação teleológica corresponde à designação de atribuição ao processo penal de realização de determinados objetivos. O princípio da instrumentalidade das formas é uma manifestação concretizada da máxima utilitária que se esconde por detrás da fachada teleológica:

209. "Las innovaciones de la escuela positiva con relación al procedimiento se pueden reunir bajo estos tres principios generales: I, la fuente de nuevos indicios alimentada por los datos de la antropología y estadística criminal; II, el restablecimiento de la igualdad de derechos y de garantías entre los individuos delincuentes y la sociedad honrada para obviar las exageraciones individualistas de la escuela clásica, según las razones históricas indicadas; III, la esencia del juicio penal, una vez probado que el individuo imputado es reo, para hacer constar, no ya la responsabilidad moral sino también establecer á qué categoría antropológica pertenece, y por tanto, cuál sea su temibilidad". FERRI, Enrico. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, p. 306.

210. Importante salientar que o conceito de função não equivale à finalidade. Luhmann por exemplo, partirá do conceito de função em sua vertente matemática, que significa um elemento de comparação, o que não permite falar-se em atribuição de finalidade a qualquer dos subsistemas sociais. Cf. LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*.

211. Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*.

máximo benefício com o menor custo<sup>212</sup>. No plano das nulidades significa economia processual (menor número de atos declarados nulos, a fim de se evitar o seu refazimento) em detrimento da forma, desde que a finalidade do ato seja atingida. Todavia, à evidência, o processo não é composto de atos isolados. A complexidade dos atos processuais acaba traçando uma substituição (de lembrar-se aqui a afirmação de Guasp Delgado acerca do *cedere pro*) que erradica a finalidade do ato em prol de uma finalidade integralmente orientada. Nesse sentido, a finalidade do ato cede espaço à finalidade do processo. Busca da verdade, punição dos culpados<sup>213</sup> serão as categorias que reentram, pelo espaço lacunoso da anorexia sênica da "finalidade atingida" no processo penal. Com isso também (não é necessário grande desenvolvimento teórico), submete-se o processo ao primado da ilegalidade e à supremacia dos parâmetros de defesa social que suprimem qualquer outra atividade de exigência formalística.

Frente aos argumentos expostos, a atual teoria das nulidades se expressa no cerne de uma concepção instrumentalista-funcional-teleológica de processo penal, o que equivale a um diagnóstico de degeneração garantística consorciado à relegação do processo ao plano de um servo mudo, para ficar com as palavras de Padovani.

A necessidade de revisão principiológica da teoria das nulidades decorre do fato de que é indiscutível prova o cânone '*nulla poena sine iudicio*', que determina a teoria da ação e da jurisdição. E assim o desenvolvimento das normas penais no processo é garantia dos direitos fundamentais de liberdade do cidadão<sup>214</sup>. Uma teoria da invalidade que atenda à jurisdicionalidade

212. Aparece novamente no discurso da defesa social, em especial com Ferri: "Como después de Beccaria el derecho penal constituyente se desarrolló en el sentido de una reacción contra la exagerada y la empírica severidad de la Edad Media, procurándose una continua disminución de las penas, del mismo modo en el procedimiento penal, en nuestro siglo ha existido y existe una reacción semejante contra los abusos del sistema inquisitivo, en el sentido de aumentar continuamente las garantías individuales contra el poder social. De este modo es fácil comprender cómo nosotros en derecho penal, aceptando los beneficios de la escuela clásica en los límites de su función histórica, creemos, sin embargo, necesario contener las desmedidas exageraciones contrarias á la necesidad suprema de la defensa social, en el procedimiento penal, afirmando así como conquististas irrevocables de la libertad individual, las justas garantías afirmadas con el predominio del sistema acusatorio en el orden judicial, creemos también, necesario cumplir en esta parte nuestra misión de equilibrar los derechos individuales y sociales, poniendo coto á exageraciones que no son invención nuestra". FERRI, Enrico. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, p. 307-308.

213. Como aponta o próprio Ferri: "la exigua eficacia de las penas consiste, más que en la severidad, en la prontitud y certeza de las mismas, resulta evidente que las leyes procesales adquieren mayor valor social, dependiendo de ellas solas la diversa probabilidad de escapar de la penalidad, que es uno de los más poderosos factores psicológicos del delito". FERRI, Enrico. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, p. 304.

214. DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*, p. 06.

deve abrir mão de alguns pontos até então incontroversos do dogmatismo penal a fim de se erigir em um instrumento de proteção do mais fraco (instrumentalidade constitucional). Demais disso, o abandono da dicotomia nulidade absoluta e nulidade relativa pode ser sustentado tão somente na dimensão do processo civil, tendo em vista que o processo penal pauta-se por valores manifestamente diferenciados em relação àqueles de caráter patrimonialista que governam o cerne daquela espécie processual.<sup>215</sup> Como acentuará Dinacci, a invalidade do ato no processo é coisa bem diversa da invalidade do ato no direito civil e no direito administrativo.<sup>216</sup> Ainda, nas palavras de Lopes Júnior "a morfologia das nulidades, subdividindo-as em nulidades absolutas e relativas, é inadequada para o processo penal, na medida em que parte de uma matriz de direito material (civil) e a estrutura dos atos jurídicos".<sup>217</sup> De acordo com Iasevoli, a necessidade de categorias dogmáticas próprias torna-se necessária para a supremacia da estrita juridicionalidade: neste cenário a tipicidade processual assume o valor de tutela dos direitos da pessoa em movimento no processo, resolvendo-se no parâmetro de medida da legalidade do comportamento e se referindo a isso, ora explicitamente, ora como pano de fundo a predisposição do modelo.<sup>218</sup>

Como é possível ver, o primeiro passo em direção a um processo penal democrático consiste no abandono das nulidades relativas (que do ponto de vista declaratório não apresentam diferença relativamente às nulidades absolutas<sup>219</sup>). Todavia, se ao menos se trata de uma medida necessária, ainda é insuficiente para que se avance rumo à implementação de uma instrumentalidade constitucional.<sup>220</sup> A inobservância da forma não é outra coisa que

215. RAMALHO JÚNIOR, Elmir Dueder; ALMEIDA, Cibelle Barreto. Nulidades no Processo Penal: do tradicional "Inferno" Teórico a uma Racionalidade Garantista. In MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Leituras Complementares de Processo Penal*. p. 85.

216. DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. p. 219.

217. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 390.

218. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 93.

219. Para Taormina uma nulidade, mesmo a relativa, em termos de declaratória, não apresenta diferença a respeito da outra, e isso até sob o perfil dos efeitos ulteriores: "Tal absoluta identidade e devida à realidade de fundo da tipicidade complexa, para quem cada ato é essencial para a relativa integração, de modo que quando se observa uma ausência essa não pode deixar de se afirmar como inexistente." TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v. II, p. 423.

220. "Pensamos que a distinção entre nulidade absoluta/relativa é equivocada e que o sistema de nulidades processuais deve partir sempre da matriz constitucional, estruturando-se a partir do conceito de ato processual defeituoso, que poderá ser sanável ou insanável, sempre mirando a estrutura de garantias da Constituição." LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 391. Ainda Lopes Júnior: "O conceito de nulidade relativa vem a pouca ou nenhuma prestabilidade, na medida em que somente as nulidades absolutas darão lugar à ineficácia do ato." LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. II, p. 307.

uma violação das disposições processuais<sup>221</sup>. E nesse sentido, há que ser contemplado não apenas o ponto de vista funcional-teleológico, que redundaria na redução da teoria das nulidades a um juízo maniqueísta de economia processual versus garantias, abrindo-se imenso leque de exceções aos direitos fundamentais, justamente por estar debruçada, tal posição, sobre um canal utilitarista de performance maximizada fundada em parâmetros de radicalização da ideologia de defesa social. Como destaca Gimeno Sendra, "un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental lo constituye el principio procesal de legalidad"<sup>222</sup>. E nas ponderações costumeiramente realizadas, o privilégio concedido ao princípio da instrumentalidade da formas simplesmente trata o princípio da legalidade quando muito como mero coadjuvante. Entretanto e para além, a própria legalidade é denunciada, pelos artifícios deste pensamento enraizado na máquina inquisitorial, como mero formalismo, que merece ser rechaçado.<sup>223</sup>

Como apontado, a teoria das nulidades pensada a partir da instrumentalidade constitucional do processo penal deve ser refundada a partir de princípios reitores que permitam duas seqüências: (a) a primeira e mais significativa seria a tentativa de minimização da ilegalidade congênita ao sistema inquisitorial. Isso não significa que seja possível, tão somente pela teoria das nulidades, fundar-se um sistema acusatório. A proposta é deveras mais modesta. Cuida-se de denunciar a subserviência dos atuais princípios em matéria de nulidades a um propósito de eficientismo persecutório para a partir de então, depositar as bases teóricas em novos pilares conceituais; (b) a segunda seqüência e intimamente ligada à primeira diz respeito à tarefa de se ampliar a eficácia dos direitos fundamentais do acusado no cerne do processo penal (justificada pela hipossuficiência deste em relação ao Estado). A ampliação ou ainda, redução de restrição aos próprios direitos fundamentais fundamenta-se no fato de que as nulidades, do ponto de vista teórico-constitucional correspondem a verdadeiras "garantias de garantias"<sup>224</sup>.

221. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 143.

222. GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATEENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. p. 368.

223. Entende o autor que é na prática exploração deste fenômeno que surge a discussão se a nulidade de um ato seria apta a garantir uma atuação do direito intrinsecamente justa ou frivolamente formalística, a imprimir solicitações aos juízes sem sacrifício, dos interesses das partes dignos de tutela ou se estes poderiam ser colocados em xeque pela prática irregular de um ato. DE MARSICO, A. La Nullità nel Nuovo Codice di Procedura Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 513.

224. BERTOT, María Inés Piñero. La Nulidad Como "Garantía de Garantías". In CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; OBLIGADO, Daniel Horacio. *Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal*.



Apresentadas tais razões, é possível caminhar para a apresentação do primeiro princípio relativo à refundação do sistema de nulidade. Esta refundação, como a própria terminologia permite identificar-se, não parte *ex nihilo*. Acredita-se que sejam expressão e decorrência dos direitos fundamentais, exigências inderrogáveis de um sistema acusatório. Desta maneira partindo-se de um modelo democrático de processo que privilegia os direitos fundamentais do acusado em detrimento da razão de Estado que imperava por meio da ideologia da defesa social – motivadora de princípios como instrumentalidade das formas, demonstração de prejuízo, interesse e outras sanatórias – os princípios a seguir apresentados possuem sua perfectibilização como decorrência de uma transcendente submissão do processo penal como locus de salvaguarda e tutela do débil. Sem esta consideração se torna inteligível uma reforma principiológica.

A seguir, portanto, serão examinados os princípios informadores de uma nova teoria das nulidades. O primeiro destes princípios denomina-se princípio da inutilização do ato processual nulo.

## 5. PRINCÍPIO DA INUTILIZAÇÃO DO ATO PROCESSUAL NULO

A declaração de nulidade que reconhece a invalidade do ato processual realizado em desconformidade com o modelo normativo não significa a sua inutilização física. Em termos de direito comparado, inexistente a preocupação para com o comprometimento psíquico do juiz que, tomando contato com ato processual evadido, poderia, mediante argumentação *a posteriori*, firmar a convicção que poderia estar amparada em informação processual não passível de utilização. A nulidade, mesmo com a necessária declaração judicial, não enseja o desentranhamento dos autos do ato processual nulo.

Esta postura não apenas teórica, mas principal e especialmente pragmática revela que de regra geral os ordenamentos processuais penais continentais não se preocupam com os efeitos psíquicos trazidos pela sobrevivência física nos autos do processo, dos atos processuais viciados. Uma vez nulificado um ato, via de regra a documentação probatória da realização precária do ato permanece arraigada nos autos processuais. Não raro, o refazimento do ato, quando possível, permite que o julgador e as próprias partes o refaçam levando-se em consideração, na nova produção, os caracteres do anterior revogado.

Em que pese alguma diferença pertinente ao gênero e à espécie, o tratamento da prova ilícita, na reforma processual penal brasileira de 2008 se deu conta do grave erro que é pressupor que o efeito jurídico da prova ilegítima permaneça exclusivamente numa dimensão jurídica, daí não avançando

para outros campos. A determinação do desentranhamento da prova ilícita dos autos processuais revela uma salutar preocupação para com o devido processo legal, cujo escopo principal é minimizar as possíveis contaminações psíquicas do julgador que teve contato com a prova espúria.

Algo parecido ocorre com a prova ilícita que ingressa nos autos do processo. Considerada pela grande maioria dos doutrinadores italianos como uma espécie de sanção processual, a inutilizabilidade poderia ser considerada uma proibição de valoração probatória de determinado ato processual cuja legitimidade, em face de direitos e garantias fundamentais, ausenta-se. A prova ilegítima ou ilícita que ingressa no processo não poderá, sob a ameaça de anulação, ser valorada na sentença: a qualificação de inadmissibilidade referida a um ato processual deve entender-se no sentido de inaptidão do ato a produzir um efeito jurídico próprio<sup>225</sup>.

Galatini, de acordo com Amodio, traça uma distinção classificatória entre duas espécies de inutilizabilidade. A primeira destas categorias seria a inutilizabilidade patológica, que consistiria na presença de um vício intrínseco ao ato processual probatório, seja pela vedação dos meios da prova, seja pelo modo como foi produzida. Assim, dentro desta categoria, não seria incompatível afirmar-se que tais vícios poderiam consistir na prova ilegítima (ofensa a regras de direito processual) ou na prova ilícita propriamente dita (ofensa a regras de direito material, em sua grade maioritária direitos fundamentais). A segunda espécie de inutilizabilidade seria a fisiológica, segundo a qual o ato é indôneo a formar a prova a ser produzida na fase judicializada após *a indagine preliminare*<sup>226</sup>. A classificação estruturada por Galatini e Amodio pode se manter independentemente de um juzado de instrução ou de investigação preliminar de nítido caráter administrativo-inquisitorial como é o caso do Brasil. O problema na inutilizabilidade fisiológica consiste no ingresso processual de ato probatório violador de normas processuais<sup>227</sup> ou de ofensa a normas de direito material. Tal ato probatório que acompanha a peça instauradora da fase processual judicializada e contraditória, quando presentes os elementos indicativos de defeito, deve ser rechaçada pelo julgador.

225. DELICU, Tullio. *Contributo alla Teoria Della Inammissibilità del Diritto Processuale Penale*. p. 17.

226. GALATINI, Novella. *L'inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p.06.

227. Mesmo que discutível a questão acerca da possibilidade de vício no inquérito policial contaminar a ação penal – posicionamento negativo imperante para a doutrina brasileira, e que será objeto de posterior análise – quando se tratar de prova irrepetível, via de regra coletada por meio da cautelares de produção antecipada de provas, não há a menor dúvida de que por se tratar de ato judicializado, ocorrerá a possibilidade não apenas da invalidade a gerar nulidade, como também da prática de prova ilícita ou mesmo ilegítima, como se pode apreciar.