

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

**UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES: PROCESSO PENAL E
INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

**UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES: PROCESSO PENAL E
INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná,
Como requisito parcial à obtenção do título de
doutor.**

Curso de Doutorado em Direito do Estado

CURITIBA

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES: PROCESSO PENAL E
INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, Como requisito parcial à
obtenção do título de doutor.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Dr^a Clara Roman Borges

1º Arguidor

Dr. Luis Antonio Câmara

2º Arguidor

Dr. Aury Lopes Júnior

3º Arguidor

Dr. Fauzi Hassan Choukr

4º Arguidor

CURITIBA

2010

*Dedico este trabalho a Joseane
cuja indemonstrabilidade de
minha gratidão não pode ser
expressa senão na fractalidade
das palavras. Para além e
através delas, todo meu amor,
como se fora a única dimensão
do real...*

Esta investigação seria insustentável sem uma pessoa que a tornou possível: Joseane, pelo amor e acima de tudo compreensão, que fazem de cada palavra por mim tecida uma declaração de amor! Obrigado por tudo!

Mãe, pelo incentivo e a quem devo minha formação!

Obrigado Ninha, pela costumeira e não menos importante responsabilidade pelo meu ingresso na seara acadêmica, cujo trabalho é um pequeno continuar...

Obrigado Leandro, pela contínua e fraternal ajuda!

Agradeço ao professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a quem sou profundamente devedor. A importância do professor para o aluno é servir como a Referência e manter-se assim, para que possam vir a ser... por isso seus alunos “jamais deixam de ser alunos”... somente assim é possível continuar...

Agradeço ao prof. Dr. Aury Lopes Júnior quem, pacientemente, contribuiu para o desenvolvimento da pesquisa. Como em outro lugar já escrevi és um verdadeiro processualista, cuja seriedade em suas atividades é inquestionável. Se por um lado aprendi algo de processo penal ainda no Mestrado da PUC/RS em meio às orientações, não menos verdade é que diariamente levo adiante o principal legado daqueles tempos: o de que devemos constantemente aprender a desaprender...Obrigado pela valiosas lições e pela confiança imerecida!

Minha gratidão ao colega de longa data Jeferson Dutra, por ser um grande companheiro e amigo, pessoa da mais digna consideração!

Minha profunda estima ao amigo e colega Augusto Jobim do Amaral, sem o qual seria impossível em sua substancialidade, a pesquisa. Meus sinceros agradecimentos.

Ao amigo Marco Antônio de Abreu Scapini, meus profundos agradecimentos pela amizade inabalável.

Aos colegas e amigos de doutorado, em especial Maurício Dieter e Rafael Zanlorenzi, cujas valiosas lições soube guardá-las.

Ao amigo Rodrigo Moretto, pessoa de extrema generosidade e honestidade!

Finalmente, meus agradecimentos aos colegas da Faculdade de Direito do IPA, alunos e todas aquelas pessoas que fazem parte diretamente deste trabalho, meus sinceros agradecimentos.

“E eu estudei Direito, pois. Isso significou que nos poucos meses antes das provas, com régio prejuízo dos nervos, eu alimentava o espírito literalmente de serragem, que além do mais já tinha sido mastigada por mil bocas antes de mim” (KAFKA, Franz. *Carta ao Pai*).

“Antes não saber nada do que saber muitas coisas pela metade! Antes ser louco por seu próprio critério, que sábio segundo a opinião dos outros!” (NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falou Zaratustra*)

“*El pienso, luego soy* cartesiano queda invalidado; decir *pienso* es postular el yo, es una petición de principio” (BORGES, Jorge Luis. *Nueva Refutación del Tiempo. In Otras Inquisiciones*)

RESUMO

A presente investigação pretende apresentar a teoria da invalidade no processo penal. A análise do processo penal no Brasil começa com o desenvolvimento do que foi chamado de instrumentalidade constitucional do processo penal. Em palavras simples, isso significa que o processo penal necessita ter sua fundação na preservação dos direitos fundamentais do acusado. Além disso, a fim de colocar o processo penal a serviço dos direitos fundamentais, a revisão da teoria da invalidade precisa ocorrer. O sistema inquisitorial necessita de uma ilegalidade genética para permitir a sua melhor funcionalidade. Esta ilegalidade é uma das principais estruturas da teoria da invalidade no processo penal, permitindo uma relação entre o processo e a verdade. Então, como uma consequência da mudança democrática no Brasil, o processo penal precisa operar com uma nova teoria dos atos irregulares. Uma nova fundação da teoria das invalidades, baseada desde os direitos fundamentais, gerando uma nova espécie de princípios é o principal objetivo do estudo.

Palavras-chave: processo penal; teoria da invalidade; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present investigation intends to present the invalidity theory on criminal procedure. The analysis of the criminal procedure in Brazil starts with the development of what was called constitutional instrumentality of the criminal procedure. In simple words, it means that criminal procedure needs to have its foundation in the preservation of the fundamental rights of the accused. Besides, in order to put the criminal procedure in service of the fundamental rights, the revision of the invalidity theory in criminal procedure needs to occur. The inquisitorial system needs a genetic illegality to permit his best functionality. This illegality is a major structure in the invalidity theory in criminal procedure, allowing a relationship between process and the truth. So, as a consequence of the democratic change in Brazil, the criminal procedure needs to operate with a new theory of the irregular acts. A new foundation of the invalidity theory based upon the fundamental rights of the accused, generating a new kind of principles is the mean goal of the study.

Key Words: criminal procedure; invalidity theory; fundamental rights.

RESUMEN

La presente investigación pretende presentar la teoría de la invalidez en el proceso penal. El análisis en el proceso penal en Brasil empieza con el desenvolvimiento de lo que fue llamado instrumentalidad constitucional del proceso penal. En palabras simples, eso significa que el proceso penal necesita tener su fundación en la preservación de los derechos fundamentales de lo acusado. Además de eso, para colocar el proceso penal a servicio de los derechos fundamentales, la revisión de la teoría de la invalidez precisa ocurrir. El sistema inquisitorial necesita de una ilegalidad genética para permitir su mejor funcionalidad. Esta ilegalidad es una de las principales estructuras de la teoría de la invalidez en el proceso penal, permitiendo una relación entre proceso y verdad. Entonces, como una consecuencia del cambio democrático en Brasil, el proceso penal precisa operar con una nueva teoría de los actos irregulares. Una nueva fundación de la teoría de la invalidez, basada desde los derechos fundamentales, generando una nueva especie de principios es el principal objetivo del estudio.

Palabras-clave: proceso penal; teoría de la invalidez; derechos fundamentales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: INTRODUÇÃO À INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL ...08	
1.1 Processo e Instrumentalidade: identificação preliminar da temática de estudo.....	08
1.2 A Particular Instrumentalidade do Processo Penal.....	16
1.3 A Natureza Jurídica do Processo Penal (?) Revisão de Algumas Premissas Fundamentais.....	34
1.3.1 O Processo Como Contrato e Quase-Contrato.....	38
1.3.2 Bulow e o Processo Como Relação Jurídica: a aplicabilidade civilística do conceito.....	42
1.3.3 Goldschmidt e a Situação Jurídica: incorporando a complexidade ao processo penal – refutação de conceitos civilísticos e assunção de uma teoria do processo penal.....	52
1.3.3.1 As Críticas a Goldschmidt.....	63
1.3.3.1.1 Rosenberg e a Ruptura da Unidade Processual.....	64
1.3.3.1.2 Satta e a Patologia Processual.....	66
1.3.3.1.3 As Críticas de Jaime Guasp e Pedro Aragoneses	67
1.3.3.1.4 As Críticas de Rosemiro Pereira Leal.....	70
1.3.3.1.5 As Críticas de Francesco Invrea.....	71
1.3.3.1.6 Calamandrei e as Críticas a Goldschmidt.....	73
1.3.3.1.7 As Críticas de Liebman.....	77
1.3.3.2 Goldschmidt, Um Maestro do Liberalismo Processual.....	81
1.3.3.2.1 Carga e Processo Penal.....	84
1.3.4 Couture, Guasp, Fairen Guillén - o Processo como Instituição: da insuficiência do conceito de instituição para abarcar a complexidade das formas processuais.....	88
1.3.5 Fazzalari e o Processo Como Procedimento em Contraditório.....	98
1.4 A Relação Entre O Sistema Acusatório e a Forma Processual: ou da norma à forma.....	108

1.5 O Processo Penal e os Sistemas Processuais.....	118
1.6 Processo Penal e Sistema Inquisitorial: núcleo fundante e princípios informadores.....	128
1.6.1 A Crença e o <i>Religare</i> : entre Lacan e Gil	144
1.6.2 O Princípio da Neutralidade do Inquisidor.....	153
1.6.3 O Princípio da Concentração das Atividades de Acusar e Julgar.....	158
1.6.4 A Verdade e o Seu Papel Fundamental na Fundação do Processo Inquisitorial.....	176
1.6.5 A Tortura Como Meio de Prova: aspectos essenciais entre o modelo acusatório e o modelo inquisitorial.....	194
1.6.6 A Concepção Ontológica do Delito e significante essenciais da ordem do discurso.....	202
1.6.7 Decisionismo e Cultura do Arrependimento? Delação Premiada, Colaboradores – <i>Confession Revival</i>	207

2 INTRODUÇÃO AO ESTUDO DAS FORMAS PROCESSUAIS: PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DE UMA TEORIA GERAL DAS NULIDADES.....216

2.1 É Possível Falar-se Contemporaneamente em Uma Teoria Geral das Nulidades dos Atos Processuais?.....	216
2.2 Fragmentos Históricos: pontos de apoio.....	226
2.3 Os Princípios Gerais da Teoria das Nulidades.....	231
2.3.1 <i>Ne Pas de Nullité Sans Grief ou Instrumentalidade das Formas</i>	232
2.3.2 <i>Ne Pás de Nullité Sans Texte</i>	246
2.3.3 Princípio da Causalidade.....	255
2.3.4 O Princípio da Convalidação do Ato Processual Penal Defeituoso.....	265
2.3.5 Princípio do Interesse.....	277
2.4 A Transposição Civilística de Conceitos Gerais da Teoria das Nulidades ao Campo do Processo Penal.....	282
2.5 Perspectivas Teóricas da Teoria das Nulidades.....	290

2.5.1 Nulidade Como Vício do Negócio Jurídico Processual Penal.....	294
2.5.2 A Nulidade Como Sanção Processual.....	300
2.5.3 A Nulidade Como Ato Jurídico Inválido.....	309
2.5.4 A Doutrina do Tipo Processual e Constitucional.....	319
2.6 Anulabilidade e Inexistência dos Atos Processuais: duas categorias frustradas.....	325
2.7 Nulidade Relativa.....	334
2.8 A Nulidade Absoluta.....	343
2.9 Ato Irregular.....	350
2.10 Os Efeitos do Ato Jurídico Irregular: a nulidade e a ilicitude dos atos processuais defeituosos.....	352
2.11 Proibição de Proteção Deficiente e as Gradativas Erosões aos Limites à Prova: novamente a verdade real?.....	365
2.11.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e suas Limitações.....	384
2.11.2 O Princípio da Proporcionalidade.....	389
2.11.3 Limitação da Fonte Autônoma (<i>Independent Source Limitation</i>).....	388
2.11.4 Limitação da Boa-Fé (<i>Good Faith Limitation</i>).....	391
2.11.5 Limitação da Descoberta Inevitável (<i>Inevitable Discovery</i>).....	398
2.11.6 Limitação da Descontaminação (<i>Purged Tainted Limitation</i>).....	403
2.11.7 Limitação da Destruição da Mentira do Acusado.....	406
2.11.8 Limitação da Teoria do Risco.....	408
2.11.9 Limitação da <i>Plain View Doctrine</i> ou Teoria dos Campos Abertos.....	409
2.11.10 A Renúncia do Acusado.....	410
2.12 Prova Ilícita: golpe de cena e efficientismo na persecução penal.....	411

3 UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO À INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.....	420
3.1 A Instrumentalidade do Processo Penal: legitimação desde os direitos fundamentais do acusado: a forma e a proteção do equilíbrio processual.....	420
3.2 Por Uma Teoria Integrada das Nulidades e da Ilicitude dos Atos Processuais Irregulares.....	433

3.3 Princípios Reitores da Teoria das Nulidades no Âmbito Processual Penal: a natureza dúplice das normas relativas à forma.....	434
3.4 Nova Teoria das Nulidades: construção de um novo sistema principiológico à luz da instrumentalidade constitucional do processo penal.....	446
3.4.1 O Princípio da Nulidade “Absoluta” dos Atos Processuais Penais: independência de arguição de prejuízo e a recusa à instrumentalidade das formas.....	447
3.4.2 Nulidade Relativa e Precluibilidade de Sua Arguição: entre a flexibilização das formas e a rigidez garantística.....	453
3.4.3 Nulidade Relativa e Sanabilidade: imperfeição do ato processual e sua manutenção no processo penal.....	460
3.4.4 A Necessidade de Demonstração de Prejuízo na Nulidade Relativa: inadequação metodológica ao processo penal.....	467
3.4.5 Nulidade Relativa e Comportamento Processual da Parte Interessada: dependência da atuação jurisdicional à arguição das partes?.....	476
3.4.6 Relativização da Forma e Degeneração Inquisitória: a instrumentalidade como acessoriedade da forma ao projeto substancialista.....	480
3.4.7 O Princípio da Estrita Jurisdicionalidade no Marco da Teoria das Invalididades: refutação à concepção instrumentalista-funcional-teleológica do processo penal.....	493
3.5 Princípio da Inutilização do Ato Processual Nulo.....	500
3.6 Princípio da Preclusão Probatória: limites à produção da prova.....	508
3.7 Princípio da Escusa Absolutória (Proibição da Declaração de Nulidade do Ato Processual Nos Casos de Absolvição).....	518
3.8 Princípio da Prevalência das Nulidades Legais – taxatividade temperada.....	532
3.9 Limitação à Alegação de Invalidade Processual pelo Ministério Público.....	543
3.10 Princípio da Extensibilidade Jurisdicional: as nulidades na investigação preliminar.....	550
3.11 Nulidade Como Categoria Única: abandono da inexistência dos atos processuais e das irregularidades.....	560
3.12 Orientação Normativa das Formas Processuais: repensando o processo penal no marco de um modelo acusatório ou inquisitorial minimizado.....	564

3.13 Concretizando a Base Principiológica das Nulidades: demonstração de viabilidade da nova teoria das nulidades: a título de sugestão legislativa (?).....573

CONCLUSÃO.....578

REFERÊNCIAS.....584

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como norte a discussão acerca da contemporânea teoria do ato processual penal irregular. Teoricamente, a teoria das nulidades representa uma síntese entre aquela concepção de invalidade que determina os defeitos dos atos jurídicos em geral e a sua recepção pelo sistema inquisitorial.

Esse caldo cultural que (ainda) implementa uma lógica inquisitorial depõe em desfavor de inúmeras garantias estabelecidas na Constituição da República, além de comprometer a dialética acusatória. A garantia elementar à estrutura processual penal, revestida pelo conceito de forma¹, desempenha uma função destacada na redução da irracionalidade do poder punitivo. Todavia, a forma do ato processual, apesar de se perfectibilizar em um dos elementos centrais do princípio da estrita jurisdicionalidade, norte da instrumentalidade constitucional do processo penal, pode ser facilmente deturpado, inviabilizado, escamoteado. O primado da forma, que nas lições de Binder² constitui um escudo protetor contra a arbitrariedade estatal, quando desprovida de qualquer ligação à proteção de princípios fundamentais, obstaculiza o aparecimento e eficácia daquilo que justamente deveria ser sua atenção principal: a violação do equilíbrio processual.

A forma serve à proteção de princípios fundamentais. Todavia, na lógica que governa o sistema inquisitorial, a forma desvela-se apropriada para preservação do ritual, tão importante ao mesmo. Ou, quando necessário, desrespeitá-la. Percebe-se que o modelo inquisitorial permite a flexibilização da forma, ora permitindo uma aplicação rigorosa dos requisitos dos atos processuais, ora criando-se exceções aos mesmos requisitos. Cuida-se do que posteriormente será identificado como amorfismo do sistema inquisitório (Cordero). Assim é que se pode utilizar a forma contrariamente aos interesses do acusado (forma como contragarantia).

Analisando-se o sistema de nulidades sob a ótica do processo acusatório e demais garantias implementadas pela Constituição da República verifica-se que a proteção da forma pela forma coloca em xeque muitos desses princípios. Razoável duração do processo,

¹ “A forma, em matéria penal, é a garantia necessária de uma justiça exata, esclarecida e imparcial. Por isso adaptada à defesa do direito individual em luta com o interesse social”. GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique D’Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*. p. 426.

² BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*.

princípio da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa podem ser vilipendiados justamente pela obediência a uma teoria das nulidades formal e privatística, como é tratada pela maioria da doutrina³. Por exemplo, a nulidade relativa cujo prejuízo deve ser alegado pelo réu, é compatível com o princípio de presunção de inocência? Como se separar o prejuízo da teoria da prova?

Portanto, o estudo proposto justifica-se como uma tentativa de (re)visitar o Direito com os olhos também orientados a uma fundamentação que filtre elementos que tão somente pertençam à seara do processo penal. Para tanto, é preciso considerar que importantes elementos para essa empreitada se encontram em campos de saberes diversos do direito e processo penal. Alicerçando-se na antropologia, filosofia do Direito, sociologia, é forçoso concluir que ele (Direito), não pode ser apartado do todo. Dessa forma, obliterada, é que o pensamento jurídico ensimesmado representa um perigo. Para a sociedade e para o próprio Direito, como um efeito autofágico desencadeado por essa postura de monovalência discursiva.

De outro lado, importante frisar que ao tema exposto não é dado o destaque devido pela doutrina nacional, requerendo, para tanto, um aprofundamento teórico. Mais especificamente, no âmbito da dogmática pátria, o direito processual penal é deixado de lado. Esquece-se que é somente através do processo que a pena, sanção drástica, pode adquirir legitimidade. No processo penal é que se tornam cristalinas as mazelas que recaem sobre o acusado. Nele que se fazem ainda mais concretas as suas misérias, o suplício que desde o primeiro momento é característica do âmbito penal, lição desde há muito referida por Carnelutti⁴.

Assim, resgatando a teoria do processo penal como situação jurídica - de James Goldschmidt, que traduz o processo como “guerra” - muito combatida e preterida pela teoria de Bülow⁵, do processo como relação jurídica, é que se torna visível o que está tão somente implícito: o fato de o processo penal ser dinâmico, tal como a sociedade. É preciso resgatar uma teoria bastante criticada e por vezes mal compreendida, a fim de que muitas questões tornem-se pertinentes. Entre elas sem dúvida está a questão dos direitos

³ Cf GRINOVER, Ada Pellegrini FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*.

⁵ BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*.

fundamentais do acusado frente à teoria geral do processo, mormente no que diz respeito à teoria das nulidades no processo penal.

A construção privatística do processo e da teoria das nulidades encontrou respaldo no modelo inquisitivo de processo penal. Maximizar o primado da forma, alienada da proteção de qualquer preceito fundamental garante a construção do “mundo onírico e das cabalas intuitivas”, cuja atenção já havia sido chamada por Cordero⁶. Finalidade processual, proteção do sistema, construção de um objeto cuja pretensão é punitiva. Eis alguns dos fatores ligados à teoria das nulidades cuja inconsistência conceitual, à luz da instrumentalidade constitucional do processo, salta aos olhos.

Voltando à construção teórica do maestro do liberalismo processual - James Goldschmidt - até o presente momento incontestada, a não ser por contra-argumentações superficiais e laterais, é preciso, nessa senda, “ajustar as contas”⁷ com uma teoria que foi praticamente desdenhada pela dogmática processualista da época, ranço que sobrevive até os dias atuais. Necessário retomar as proposições alinhavadas por Goldschmidt para se ter a notícia de que o processo é por definição o setor mais importante para o acusado e, paradoxalmente, aquele que menos recebe atenção.

Deslocar a atenção do processo dos “deveres processuais” para as cargas como “imperativos de interesse da própria parte”⁸ se torna curial. Analisar a teoria das nulidades conjuntamente com a teoria da prova e das cargas; verificar em que momentos um princípio fundamental resta maculado pelo mero descumprimento da forma; estabelecer limites à decretação da nulidade, principalmente quando o acusado não dá causa à irregularidade do ato; evitar que a anulação de um ato torne a situação processual do acusado mais grave. Esses são alguns pontos, meramente exemplificativos, que não obtêm resposta satisfatória por parte da dogmática processual penal pátria.

Assim, religar pontos da teoria do processo penal e reconstruir o sistema de nulidades a partir de uma ótica voltada à instrumentalidade constitucional do processo penal encontra amparo nessa resignação da doutrina e prática processuais para com o

⁶ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. t. 1.

⁷ Trata-se de uma analogia ao pensamento de Umberto Eco referente à Idade Média: “A Idade Média inventa todas as coisas com as quais ainda estamos ajustando contas...” ECO, Umberto. *Dez Modos de Sonhar a Idade Média*. in *Sobre os Espelhos e Outros Ensaios*. p. 78.

⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

modelo vigente. Assim, o exame da forma processual, que deve ser revisado, optando-se por um mecanismo de proteção mais rigoroso quanto às garantias e mais criterioso quanto à ruptura da forma pela forma, configura o núcleo da investigação. Em síntese apertada, nesses termos é que adquire relevância a presente investigação. Em um primeiro nível enfrentando, com o auxílio da interdisciplinaridade, questões emergentes do desenvolvimento histórico-cultural do processo penal e, de outro, resgatando uma teoria de extrema importância que restou à margem da discussão teórica do direito processual penal: a teoria da situação jurídica, que possibilita uma reconstrução liberal⁹ do processo penal. Num segundo momento, tratando da teoria da forma processual a partir do enfrentamento dos sistemas processuais para posteriormente apresentar uma nova teoria das nulidades.

Justificada a relevância do estudo, através do trabalho procurou-se relacionar o processo penal o que se pode denominar de instrumentalidade constitucional do processo penal. Para além, no primeiro capítulo do estudo partiu-se para a discussão acerca das teorias que procuram explicar a natureza jurídica do processo. A concepção mais difundida, a do processo como relação jurídica guarda especial relação com a ideologia da defesa social, o que permitirá o desenvolvimento de uma teoria das nulidades que nutre especial predileção pela corrupção da forma. Apresentar a dinâmica do processo em detrimento de uma estática processual foi a tarefa executada neste segundo capítulo. Não por puro exercício acadêmico. Pensar a forma processual a partir de uma dinâmica trará severas alterações para a proteção dos direitos fundamentais do acusado. Assim, desta maneira, recorreu-se principalmente às lições de Goldschmidt e Fazzalari a fim de se encontrar solo fértil para uma teoria das nulidades que se aproxima de uma oxigenação constitucional.

Além disso, no capítulo I a fim de se aprofundar o estudo das nulidades recorreu-se ao conceito de sistemas processuais. Torna-se imprescindível para uma devida conformação constitucional da teoria das nulidades uma investigação que centralize este modelo teórico junto de sua matriz epistemológica. Assim as coisas, a contraposição entre sistema acusatório e inquisitório procurou ser sistematizada a partir de determinados aspectos epistêmicos desta distinção. Desta arte, ao revés de se alicerçar a distinção sistema acusatório e inquisitório com base em modelos ideais, com características bem delimitadas,

⁹ O termo é empregado no sentido de Goldschmidt e nada tem a ver com sua acepção em termos de economia e mundo globalizado em suas novas vertentes.

preferiu-se a montagem dos sistemas a partir de um construto epistemológico. A partir de então foi possível a verificação da forma processual e o papel que representa em um e outro modelo de sistema. Parece infrutífero, como sói acontecer com a grande maioria da doutrina pátria – salvo raras exceções – tratar da teoria das nulidades como se se tratasse de um corpo teórico “dócil e neutro”. Qualquer teoria das formas guardará uma íntima conexão com a problemática dos sistemas processuais e sua respectiva conformação. Por esta razão é que a teoria das nulidades deve ser pensada em consonância com os sistemas processuais penais.

A conformação da teoria das nulidades a partir dos sistemas processuais permite-se entender como se consolidou no processo penal uma forma híbrida, pela justaposição de conceitos privatísticos que aderiram perfeitamente ao funcionamento do sistema inquisitorial. Para se pretender uma teoria das formas processuais não subserviente ao sistema inquisitorial, forçoso reconhecer-se a insuficiência dos atuais princípios informadores da teoria das nulidades.

Num segundo capítulo apresenta-se um novo objetivo. Esta tarefa de examinar os postulados contemporâneos que permitem a construção da teoria das nulidades foi o objeto desenvolvido neste ponto. Assim, a pretensão a ser exercida neste momento foi a de explicar os princípios fundamentais que atualmente compõem a teoria da invalidade. Demais disso, procurou-se também examinar a teoria da prova ilícita, que guarda estreita relação com a teoria das nulidades. Assim, como objetivo geral do capítulo procurou-se explicar os fundamentos principiológicos e epistemológicos da contemporânea teoria das nulidades, procurando-se, à medida do possível, traçar a crítica a tais postulados tendo como filtro a instrumentalidade constitucional do processo penal.

Saliente-se que a opção por uma análise meramente principiológica possui sua razão de ser. A primeira justificativa baseia-se na limitação do objeto de estudo. Instruir uma rediscussão completa das normas reguladoras da teoria das nulidades foge ao escopo da empreitada. Até mesmo pelo fato de que as normas que regulam as nulidades, no processo penal brasileiro são produtos da ideologia da defesa social que radicalizada ao máximo, permitiu um código de processo penal maximizador da razão de Estado em detrimento dos direitos individuais.

Uma segunda justificativa se faz necessária. O principal objetivo de uma nova teoria das nulidades é permitir o pensamento inovador, criador, avesso aos autoritarismos. Desta maneira, ao revés de uma mera renovação legislativa, o objetivo desenvolvido partiu das bases epistemológicas que darão sustentação à nova teoria das nulidades.

Isso posto como tarefa final e derradeira, demonstrada a insuficiência da atual teoria das nulidades e a sua imprestabilidade como ferramenta de controle do poder punitivo, o objetivo foi tentar apresentar uma nova teoria das nulidades, expondo-se princípios e características das nulidades que melhor se afiguram ao sistema acusatório ou, numa empreitada mais modesta, que permitem uma minimização do modelo inquisitorial.

Expostos os objetivos tratados ao longo do capítulo, cumpre, para finalizar a presente introdução, que se procurou, mediante uma análise interdisciplinar, consolidar a investigação, sem descurar de saberes outros que se fazem necessários à boa compreensão do processo penal contemporâneo.

A realização da investigação centrou-se principalmente, na revisão bibliográfica de obras literárias que tratam dos diversos temas que compõem o estudo. Assim, exemplificativamente, obras provenientes da Sociologia, Filosofia, Direito e Processo Penal, Teoria do Direito, Antropologia e ainda setores outros que se fizerem necessários ao exame do estudo, comporão o embasamento teórico a partir do qual será examinado o problema de pesquisa.

Dentro da perspectiva interdisciplinar, as obras consultadas, nacionais e estrangeiras, seguiram as quatro principais categorias que formam o corpo da investigação. Essas categorias podem ser elencadas como: processo, ato processual, nulidades, direitos fundamentais. A partir delas é que a produção de autores como Franco Cordero, Leo Rosenberg, James Goldschmidt, Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni dentre a literatura estrangeira e, entre a literatura nacional, Aury Lopes Jr., Salo de Carvalho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, etc., cristalizou o quadro teórico de base.

Partindo-se da instrumentalidade constitucional é que se abordou como referido, o processo penal. Como modelo ideal de correção do direito existente¹⁰, o garantismo penal servirá como um filtro a fim de se estabelecer o grau de irracionalidade no e do processo penal brasileiro. Voltando-se aos direitos fundamentais do acusado, será indispensável

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 15.

ferramenta para examinar os mecanismos de limitação do poder estatal¹¹. A partir desse marco é que será realizado o contraponto teórico de (re)construção do processo penal, fulcrado especialmente na proposta de uma política criminal minimalista e na (re)orientação do mesmo com base em garantias mínimas, imprescindíveis a um Estado Democrático de Direito.

Uma análise crítica do processo penal se faz necessária para um diagnóstico de como as teorias dominantes, nesse campo, se encontram demasiado fechadas para poder avaliar em que pé anda as condições sociais e de que maneira processo penal e sociedade acabam interagindo. A inexistência de deveres processuais entre as partes, heurísticamente concebida por Bülow, a perspectiva dominante que entende pela existência de uma relação jurídica processual, fruto de uma teoria geral do processo desempenha um papel fundamental na ausência de questionamentos mais profundos sobre o tema. A teoria das nulidades, arquitetada sob um modelo privatístico, regida por categoriais intransponíveis ao domínio do processo penal são alguns dos objetos a serem examinados. Tendo como escopo final uma possível contenção do poder estatal.

Importante referir, por fim, que a investigação e as obras consultadas seguem um fio condutor, definidor da abrangência do estudo, a saber: o tratamento jurídico-penal do ato processual defeituoso. Assim, os conceitos de validade/invalidade, que predominaram na teoria geral do direito, mormente a partir do positivismo jurídico, expandindo-se para os demais campos do saber jurídico passam a ser contemplados como uma categoria relevante para a concretização do estudo: através dele que questões como risco processual, processo penal e direitos fundamentais serão entrelaçados e examinados.

Desta forma, uma vez presentes todos esses elementos é que se tornou possível a consolidação do objetivo geral da investigação, concretizados a três tempos: a) verificar a lesão a direitos fundamentais do acusado diante da atual estrutura da teoria das nulidades; b) demonstrar a incapacidade de tal teoria em se adequar à instrumentalidade constitucional do processo penal E, finalmente c) reestruturar a teoria das nulidades a partir de uma teoria do processo penal voltada sobre a instrumentalidade constitucional.

¹¹ “En esta perspectiva el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 22.

CAPÍTULO I - PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: INTRODUÇÃO À INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

O presente capítulo tem por objetivo central apresentar as bases epistemológicas das quais partirá o estudo. Assim sendo, antes mesmo de se ingressar na teoria das nulidades – objeto do capítulo seguinte, forçoso alicerçar-se o processo penal em sua estrutura constitucional.

Desta arte, a empreitada que será realizada daqui para diante terá como fio condutor a possibilidade de pensar democraticamente o processo penal. Para tanto, o conceito de instrumentalidade constitucional do processo será imprescindível. Demais disso, será preciso ainda, apresentar as principais teorias que procuram explicar a natureza jurídica do processo bem como apresentar as matrizes dos sistemas processuais, a fim de tornar o exame da teoria da invalidade mais proveitoso.

Assim apresentados sucintamente os escopos do capítulo, chega-se ao conceito de instrumentalidade, que inaugura o capítulo.

1.1 Processo e Instrumentalidade: identificação preliminar da temática de estudo

Existe uma estrita e necessária interconexão entre o que se pode definir processo, objeto da presente investigação e sua instrumentalidade. Relação que se nutre reciprocamente, que se complementa, se deixa orientar por uma cumplicidade mútua, enfim, que se torna paralelamente, como um objeto e sua sombra, impossível de ser fracionada, sem comprometer a qualidade do estudo.

A advertência inicial se faz relevante, não no intuito de se evitar responsabilidades ou apontar o desvelamento de uma relação cuja pretensão de verdade, tão totalizante quanto cega, tornaria inócua cada tentativa de reconstrução de uma caminhada gradativa, pelos obscuros campos do processo e sua existência. Assim as coisas, a jornada que aqui se pretende levar adiante se inicia pela demonstração de que a identificação de categorias como processo e instrumentalidade não pode ser haurida sem também se tecer

considerações sobre o pano de fundo processual: os direitos do acusado, protagonista por excelência do dinamismo processual e sua cadeia de significantes, que fluem no caleidoscópio em que chances, perspectivas e expectativas de uma sentença favorável ou desfavorável acompanham o reger das formas¹.

Caracterizar o processo como mecanismo dotado de instrumentalidade não é tarefa das mais simples. A diagnose desta óbvia embora não menos complexa característica do processo exige no mínimo, cautela. Todavia, antes de se examinar a instrumentalidade específica do processo penal, se assim se pode denominar tal estruturação, faz-se mister entender o porquê de tal instrumentalidade desempenhar inegável amparo teórico, cujas conseqüências recobrem o andar processual de um lado e, de outro, como podem trazer implicações para a dialética processual, principalmente sobre os direitos do acusado.

Iniciar o estudo do processo como um exame sobre a sua instrumentalidade diz respeito, sobretudo à reflexão que se faz sobre a sua legitimação². Em primeiro lugar, com isso afastamo-nos das perguntas pelo princípio, pela causa e pela origem. Em segundo, perquirir a sua legitimação é, nessa senda, questionar sobre a sua justificativa, como o desenrolar de um processo, nos quais seus elementos componentes dialogam, numa espiral a qual não se anuncia a chegada da síntese perfeita. A dialética sem síntese (Merleau-Ponty) na qual se move o presente estudo pretende recorrer o campo normativo do processo, sem descuidar de suas bordas, algumas obscuras outras já visivelmente preenchidas pelo jogo dos signos. Nesse caso, ilustrar o primeiro capítulo também é referendar alguns apontamentos realizados na Introdução. O principal deles situa-se, derradeiramente, no plano da interdisciplinaridade, do interstício entre ciência (!?) e mito (?), da conjunção do metabolismo desconstrutivista com a pregnância da falta, do vazio, enfim, daquilo que não é da ordem do racional embora não possa se dar a não ser como linguagem.

¹ Utilizam-se aqui as categorias de James Goldschmidt acerca do processo como situação jurídica. No momento, entende-se contraproducente ingressar no âmbito técnico de tais categorias. Deixemo-las para mais adiante, quando aí sim será examinada a obra do maestro do liberalismo processual penal, nos dizeres de Calamandrei.

² Prefere-se, na esteira de Vattimo, o termo legitimação, próprio da modernidade, ao termo fundamento já que segundo o autor, este é representativo da metafísica. Ainda segundo Vattimo, a metafísica pode ser reconhecida como a filosofia da história, predominantemente ilustrada, que deposita na razão uma espécie de crença sobre seu progressivo esclarecimento. O historicismo corresponde assim, à última grande metafísica objetivista. Segundo Heidegger, de maneira diversa embora complementar, a metafísica traduziria o verdadeiro por aquilo que se dá ante os olhos, mantendo-se com caráter estável e de uma vez por todas definido. VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y Emancipación: ética, política, derecho*. Barcelona: Paidós, 2004. p. 175-177.

Retornando ao tema em apreço, o estudo da instrumentalidade do processo penal não pode ser equiparado ao questionamento pelo princípio. Isto pelo fato de que o princípio é uma proposição de onde se podem extrair outras, muito embora não seja passível de regressar a outras proposições que lhe dão sustentação lógica³. O princípio é sempre um ponto de partida. Desta conclusão, por óbvio, se constata que a instrumentalidade do processo não se confunde com um princípio qualquer, seja ele orientador, nuclear ou periférico. Oferecer a equiparação de um princípio orientador para a instrumentalidade processual seria, na melhor tradição metafísica, conceber o processo como um universal, apesar das advertências que remontam a Kierkegaard⁴ e o nascimento do existencialismo. De que maneira seria possível arraigar o processo num princípio de ordem universal, sem, contudo desprezar sistemas, culturas jurídicas e sentidos normativos diversos? À evidência, o processo não se legitima a partir de um princípio de ordem kantiana, se por este conceito pudermos traduzir um elemento cuja transcendência dote de validade universal determinada pretensão⁵. Conclusivamente, resta o rechaço à idéia de se buscar em um princípio a noção de legitimação do processo penal.

Seguindo os passos na direção de uma construção normativa do processo penal, a instrumentalidade do processo, nesse ínterim, da mesma maneira que restou demonstrado na análise da categoria princípio, não pode ser confundida com a sua causa. A causa pode ser compreendida como um nexos explicativo de um fato. Não pode, contudo, exercer-lhe a justificativa, muito menos lhe oferecer suporte de direito para o que pretende explicar. A causa responde à pergunta do “como”. Ao se tratar de uma noção explicativa para um determinado processo ou evento, daí as ciências ditas naturais responderem sua exigência de racionalidade munidas da causa (processos físicos e matemáticos), esta categoria, para o estudo em comento não pode oferecer mais do que uma noção vaga e imprecisa, para não falar em inadequada para o Direito. O sentido jurídico, movido em meio a imperativos normativos e não processos lógico-causais, responderia seus problemas no âmbito do dever-ser e não do ser. Se se aceitar que a lógica ou até mesmo a metodologia jurídica não

³ Cf CONCHE, Marcel. *O Fundamento da Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 20.

⁴ “Nossa época tem sido incansável no desejo de conferir sentido universal a tudo. Com que afã, com que perseverança tantas vezes vemos um mistagogo espiritual qualquer pronto a prostituir uma mitologia inteira para extrair, de cada mito, por meio de profundo golpe de vista, caprichosos acordes em sua harmonia?”. KIERKEGAARD, Soren. *O Conceito de Angústia*. São Paulo: Hemus, 2007. p.93.

⁵ Cf KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

são meros reflexos de processos naturais, é bem crível que o termo imputação⁶ desenvolva, na seara dogmática, importantes conseqüências para o processo penal. De fato, o conceito de nexos causal pouco destaque adquire no plano processual, gerido via de regra por categorias que recebem impulso tão somente da normatividade jurídica, não encontrando simulacros ou elementos sígnicos que traduzam a idéia de um objeto existente, inconfundível, universal, nos mesmos termos que a metafísica da presença contribuiu para incrementar uma falsa noção de totalidade. Pelo contrário, o processo penal se erige em tão somente mais uma categoria artificial dentre outras, posto que o que seria o Direito senão uma linguagem artificial?⁷ Ao se pensar o Direito e o processo penal distante das concepções que procuram enquadrá-lo como um objeto passível de ser encontrado, domesticado e reduzido a signos convergentes e afeitos a uma idéia de sistematicidade, com isso se quer dizer que a linguagem, que representa o mundo e os limites⁸ que constituem o processo nada mais são do que símbolos fugazes. O simulacro e sua repetição governam suas entranhas, movidas algumas vezes pela racionalidade, por outras, por aquilo que é da ordem do incontrolável ou do incomensurável. Nessa esteira, verifica-se que a causa de existência do processo não pode ser entabulada como sua instrumentalidade.

Ademais, concebendo-se o processo nesta mesma trilha, nota-se que o conceito de instrumentalidade não pode ser analisado como a referência à origem. A categoria de origem responde à pergunta do “quando”. Perseguir a origem é se debruçar sobre os estilhaços, rastros, que se sabem movediços e nas mais das vezes inacessíveis. Mediante a procura pela origem promove-se uma busca pela reconstrução, até se chegar a um momento

⁶ Para se ter noção da importância que o termo assume, muito embora não coincida semanticamente com o conceito de imputação desenvolvida por Kelsen, basta analisar-se, exemplificativamente, o panorama que a teoria da imputação objetiva desenvolve, nutrida principalmente a partir dos antecedentes de Hönl e Larenz. Note-se, *en passant*, que o conceito de imputação foi vital no escopo de superação, no âmbito da teoria geral do delito, da teoria causalista da ação, firmada a partir de postulados meramente lógico-causais, como o próprio nome está a indicar. Demais disso, o próprio conceito de estruturas lógico-reais de Welzel, o antecedente para o conceito de ação, não permite dispensarem-se critérios de imputação, ao contrário da lógica consequencialista da estrutura Liszt-Beling entre outros desenvolvimentos subseqüentes. Crimes omissivos e culposos nada mais são do que a resposta, em termos de reflexividade dogmática, do critério de imputação levados à necessidade de ordem normativa no plano sistemático da teoria finalista da ação. Para um panorama da teoria da imputação objetiva e sua similaridade com a teoria finalista da ação, em termos de adequação fundacional Cf ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*; GRECO, Luis. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷ Essa pergunta já foi anteriormente levantada por autores da expressão de Franco Cordero e Luigi Ferrajoli, com a qual não só concordamos como tomamos como ponto de partida.

⁸ Esta idéia é tomada de Wittgenstein, em *Suas Investigações Filosóficas*. Cf WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

primevo, geralmente tratado pela antropologia como mito⁹. Não raro a inacessibilidade originária da origem, que não representa uma tautologia paralisante, mas todo o contrário: é da ordem da pregnância e criatividade, gerando certo mal-estar para fenômenos que, à luz do historicismo, perdem força racional-explicativa para algumas propensões¹⁰ ainda não refutadas (a lógica conjuntural da ciência¹¹), representa a advertência nietzschiana consumada. No Aforismo 44 de Aurora, Nietzsche¹² afirma: “com a penetração na origem aumenta a insignificância da origem”. É nesse entrecruzamento entre o arcano e o aporético, entre o profano e o sagrado que a narrativa mítica surge como distribuição temporal, como nomeação de um significante primeiro, geralmente (para não dizer absolutamente) da ordem do interdito¹³. E ao se falar em interdito a conclusão que pode ser extraída é a de que onde aquele aparece, surge da mesma forma um desejo travado e limitado¹⁴. “Não existe origem possível para além do significante e do rastro: a origem é um arqui-rastro, que fundamenta a própria possibilidade do aparecer e do significar na ausência de origem”¹⁵. E é justamente esta opção, a proibição do incesto que constitui o

⁹ Cf LEVY-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*; PAZ, Octavio. *Claude Levy-Strauss ou o Novo Festim de Esopo*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

¹⁰ Utiliza-se aqui o termo propensão no mesmo sentido atribuído a POPPER, Karl. *Um Mundo de Propensões*. Madrid: Tecnos, 2000.

¹¹ A lógica do *trial and error*, que anuncia uma ciência já consciente de seus limites, a impossibilidade da certeza pode ser verificada em POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. v.1 e 2, 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

¹² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 41-42.

¹³ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. Rio de Janeiro: Imago, 1998. Aqui se pode ventilar algumas relações entre o mito e a negatividade. Por que a passagem da natureza à cultura, nos termos de Levy-Strauss é representada a partir de um não? Que poder exerce o não a ponto de servir como momento fundacional? O interdito é aquilo que possibilita a cultura. Não é possível a cultura sem o não, que serve como limite, como significante primeiro, dos quais decorre tudo o mais. O não faz a cisão, absolutamente necessária entre o que é representativo da natureza (por exclusão) e da ordem do cultural (invocado mediante a mesma exclusão) e que vem à tona num segundo momento reflexivo, fundando sem ser remetido a uma causa última causadora. O sujeito se constitui na linguagem e é esta opção que não pode mais ser reconstituída, nem tampouco ser reconstituída, com um voltar atrás. A imersão na linguagem não permite um retorno a um estado anterior, cuja consequência seria uma autonegação. Caso contrário, estaríamos diante de uma meta-linguagem, o que advertidamente Lacan demonstrou como impossível. De fato como assevera Lebrun acerca do sistema linguageiro, “é nesse lugar que, precisamente, se manterá o pai. Também é nesse lugar que os homens coletivamente designam os mitos. Entendamos estes últimos precisamente como uma maneira de fazer entrar na linguagem o que não pode ser apreendido nela, como uma maneira de colonizar essa hiância. Aliás, é função da mitologia assegurar uma espécie de genealogia, reconstituir com palavras a questão sempre irresolúvel da origem”. LEBRUN, Jean-Pierre. *Um Mundo Sem Limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004. p. 30.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 05.

¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estâncias: a palavra e o fantasma na cultura ocidental*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 247.

sujeito (Lacan), a partir de sua imersão e inafastabilidade do seu próprio ser (a linguagem, ao constituir o sujeito, agencia verdadeira estrutura componente, da ordem do ser). À obviedade, a instrumentalidade do processo não pode se dar como sua origem. Não se trata aqui de fazer decorrer o processo de algo que lhe antecede. A problemática se encontra envolta do ponto de justificação, que é oferecido pela legitimação. Daí a pergunta inevitável: que se pode entender por legitimação?

O fundamento, nas lições de Conche¹⁶, pode ser descrito como o Princípio. Com isto se quer referir ao fato de que este é incondicional. Seria a configuração de um princípio reitor dos outros princípios. Em outras palavras, trata-se daquilo que legitima, justifica, fornece as bases de determinado conceito ou categoria. A incondicionalidade do fundamento se dá no momento em que sua legitimação não depende de outros fatores os quais estariam submetidos, por seu turno, a razões diversas que em última instância remeteriam a novas legitimações, num processo infundável. Aqui, surge uma das facetas, qual Hidra de Lerna, a justapor cadeias infundáveis de graus racionalizantes, tendentes ao infinito. Como no famoso trilema de Munchausen, o retorno ao infinito aparece para denunciar as metanormas que grassam pontos cruciais e orbitais da racionalidade, insistentemente incorporada mediante artifícios da modernidade (a racionalidade estruturada a partir do binômio: tese x antítese, positivo e negativo, etc., esquecendo-se da complexidade que paira sobre o enfeixar – característica da terceiridade).

Via de consequência, a instrumentalidade do processo se caracteriza como seu “fundamento”¹⁷. No entanto, resta ainda um ponto a ser discutido. Por instrumentalidade se pode entender a característica do processo para a aplicação do Direito¹⁸. Em termos amplos, a instrumentalidade do processo corresponde à característica que o torna uma peça dinâmica, a fim de dar vida ao “direito material”. No processo penal, esta característica se acentua de tal maneira, a ponto de se poder afirmar que o direito penal possui uma dependência umbilical deste.

A instrumentalidade do processo penal assume contornos tácteis de mais fácil visualização, no momento em que se traz à colação o seu princípio norteador. Se no direito

¹⁶ CONCHE, Marcel. *O Fundamento da Moral*. p. 26-27.

¹⁷ Em outras palavras, “legitimação”.

¹⁸ “A instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p. 08.

penal a pedra de toque, seu *leitmotiv* pode ser concebido como a garantia da legalidade (*nulla poena sine lege*), no processo penal o fundamento se repete. Aqui, a nortear a estrutura processual se encontra o princípio da necessidade do processo¹⁹ em relação à pena (Gómez-Orbaneja). Trata-se do princípio de que não há pena sem processo. Evidentemente, isto encontra suas razões conjugadas ao princípio da presunção de inocência (ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória – *in dubio pro reo*).

Portanto, se o processo é o caminho necessário para a aplicação da pena, que se torna absolutamente viciada sem que seja percorrido todo o *iter*, pode-se vislumbrar o processo como um instrumento indispensável ao sistema punitivo. No entanto, não é esta mera característica de ser um instrumento para a aplicação da pena que o legitima. Sua legitimidade (sua instrumentalidade) nada significa se não estiver preocupada com outro aspecto a ser examinado.

Sabe-se que o fenômeno punitivo está associado à figura do poder. Poder e punição são elementos interligados. O sistema penal é fruto de dispositivos de poder, que compõem uma rede, constituindo-se num dos mais facilmente perceptíveis de seus nós. Com efeito, assim como a sociedade é composta de aparelhos, dispositivos, malhas de poder que percorrem a sociedade sob uma forma capilar (Foucault), o poder não se basta a si mesmo. A tendência do poder é exaurir seus limites, romper suas barreiras, enfim, ultrapassar todos os obstáculos a si impostos²⁰. Como afirma Schmidt, “el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica y peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos”²¹.

A legitimidade ou a instrumentalidade do processo penal assume relevância, então, não como a face aparente e inexata de sua existência, erigida a vetor principal, como insiste em sua grande maioria, a doutrina. A instrumentalidade do processo penal somente assume sua

¹⁹ De acordo com Pisapia o processo penal seria o meio necessário e indefectível para a aplicação da lei penal substancial, afirmando-se no sentido de que a pena não pode ser aplicada se não através do processo. PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. v I. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973. p. 44. Também Conso e Gallo traçam o princípio da necessidade como distintivo da esfera cível e penal, à medida que a nota da necessidade vem a distinguir o processo penal do processo civil contencioso. GALLO, Marcello, CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 05.

²⁰ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2004.

²¹ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Lerner, 2006. p. 26.

legitimidade quando associada à preservação dos direitos fundamentais²² do acusado. Em outras palavras, se o poder é tendente à expansão, cabe ao processo limitar tal poder punitivo, de molde a minimizar ao máximo os riscos de lesão aos direitos primordiais do acusado. Desta arte, o termo instrumentalidade aqui é tratado como instrumentalidade constitucional do processo. A sua legitimação se encontra respaldada no momento em que tenciona evitar que a vontade de punir estatal produza violações àqueles direitos que o próprio Estado se obrigou à não-ingerência. A esfera do indisponível, aquilo que o Estado não pode tocar (os direitos fundamentais de liberdade) configura um dos pontos cardeais do processo, cuja existência deve necessariamente impedir atos arbitrários do poder punitivo estatal.

Da mesma forma como o direito penal constitui uma garantia, o processo penal também assume este prisma. Desde Von Lizst (o direito penal como a Carta Magna do Delinqüente) a Dorado Montero (o direito penal protetor dos criminosos), o processo penal deve tratar de relações despóticas, nas quais o primado da hipossuficiência²³ estabelece um vínculo indecomponível com os direitos fundamentais e o papel que desempenham para a sustentação democrática de determinado Estado. Quer dizer que a preservação dos direitos fundamentais do hipossuficiente guarda estreita relação com o grau de democracia de determinado Estado. Por isso nos dizeres de Goldschmidt²⁴, o processo penal é como um termómetro, capaz de medir o grau de elementos corporativos ou democráticos de um Estado. Para além, o processo penal, nas lições de Winfried Hassemer²⁵ constitui direito constitucional aplicado.

²² O termo direitos fundamentais será utilizado aqui via de regra no sentido de direitos de liberdade, aqueles deveres de não-ingerência estatal, verdadeiras obrigações de não-interferência do Estado em certas esferas de liberdade dos indivíduos. Com isso não se está aqui propondo um retorno à teoria liberal dos direitos fundamentais. Todo o contrário. Por se dar o campo de estudo em matéria na qual assume primordialidade tais direitos, não se vê aqui razão alguma para iniciar investigação que examine os direitos sociais e transindividuais, que pouco contribuiria para acurar a temática enfrentada.

²³ A relação de hipossuficiência resta muito bem demonstrada por CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²⁴ “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

²⁵ Boa parte da doutrina aponta que este pensamento remonta o de Henkel, embora utilizado por Hassemer. Cf HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Cf HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005. Cf HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: AMP: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

A sua legitimação, desde o espectro aqui alicerçado, assume uma conotação protetiva daquele que, num paralelo, no pender de forças a serem medidas no jogo processual, desde já, numa presunção não sujeita a inversão, é mais fraco em relação ao Estado. Ademais, se os direitos fundamentais podem ser descritos como componentes do núcleo do Estado Democrático, o processo penal deve, por assim dizer, ser concebido como o instrumento máximo de sua realização, proteção, maximização.

Esta é a razão pela qual o processo, em que pese as inexatas concepções difundidas e alastradas em âmbito dogmático, que o consideram como motor da punição, podem ser consideradas como totalitárias e antidemocráticas. De fato, como legitimar a instrumentalidade do processo penal se este serviria apenas para punir? Em outras palavras, para que necessitaria o Estado do processo tão somente para punir? Se o Estado, detentor do poder punitivo almejasse a punição, bastaria uma imediata e sumária demonstração de poder em face do hipossuficiente para que a sanção fosse então aplicada. Todavia, num Estado Democrático, no qual até mesmo o *lupus* artificial necessita de legitimidade para seu agir, é bem crível que o exercício do poder deve estar condicionado a algum tipo de forma. Tal forma, como escudo protetor contra a arbitrariedade (Binder) é o processo.

Em síntese, a instrumentalidade do processo penal a que corresponde sua legitimação, trata-se da proteção dos direitos fundamentais do hipossuficiente. O processo penal é forma e medida da resistência aos avanços do poder, na intenção de preservação de direitos inalienáveis e não passíveis de flexibilização.

1.2 A Particular Instrumentalidade do Processo Penal

Como exposto ao início do presente capítulo, o termo instrumentalidade aqui empregado cinge-se ao processo de legitimação que o processo penal deve adquirir no cerne do Estado Democrático de Direito²⁶ correspondente à preservação dos direitos fundamentais do acusado.

²⁶ “En términos generales el proceso se puede considerar como un instrumento, si se quiere algo sofisticado, de control social”. GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1997. p. 105.

Nos dizeres do próprio Ferrajoli existe uma tendência do poder em se livrar das amarras jurídicas, fazendo-se invisível, deslocando-se para fora das sedes institucionais²⁷. Esta tendência do poder em se justapor e se cristalizar, na falta de limites, em formas absolutas, caracteriza um dos traços indelévels dos regimes autocráticos.

O primeiro aspecto de uma instrumentalidade do processo penal remete à questão do limite, bem verdade. A segunda, paradoxalmente, reside na falta, remissão originária da inevitabilidade do abandono da relação causal²⁸. No entanto, salientadas tais características, é possível afirmar-se que as características do processo penal não se encontram esgotadas nestes traços. Para além, a instrumentalidade do processo penal, nos termos aqui alavancados pode ser construída em moldes semelhantes ao do garantismo de Ferrajoli²⁹, a partir de um modelo corretivo da arbitrariedade, decorrente da antítese liberdade x poder penal.

Com relação ao primeiro aspecto, o do limite, afigura-se imprescindível o apontamento que faz, por exemplo, Rui Cunha Martins, ao analisar o que denomina de estética do limite³⁰. Embora esteja reportando-se à teoria do Estado, o alicerce do pensamento de Martins pode nos ser útil no momento. Isto porque o fenômeno punitivo constitui uma das formas da chamada violência institucionalizada e como tal necessita do desvelamento das metamorfoses pelas quais passa o Estado. Ademais, o conceito de limite se torna relevante, pois é justamente ele quem determina uma das mais importantes distinções para a teoria do direito: aquela entre político e jurídico. “O Direito, na origem desta posição, aparece sempre como um limite ao poder”³¹. Ao lado do limite exsurge a figura da ilimitação. Ilimitação que é justamente a marca do poder, sempre tendente a

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo a la Edición Española. In *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 10.

²⁸ “A causalidade dos princípios é da ordem do Real, eis que inexistem condições de enunciação de alguma relação de causalidade clássica (causa e efeito), mas o encontro com o impossível, com a falta”. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. p. 112.

²⁹ O termo garantismo é empregado por Ferrajoli, em três acepções. A primeira delas entende o garantismo como um modelo normativo de direito, responsável pela correção do ordenamento jurídico-penal, a partir de seu construto heurístico. A segunda acepção é concebida como uma teoria crítica do direito, que rompe com o dogma positivista da validade enquanto existência da norma jurídica, para traçar um contorno diverso da matéria, destinando o termo vigência para tal designação. A terceira e última acepção do termo garantismo versa sobre um modelo de filosofia do direito e crítica da política, baseada, sobretudo na separação entre direito e moral. Para uma abordagem destas três esferas vide a seção V do livro *Direito e Razão*. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p.851-854.

³⁰ CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Idéias*. Vol. 26. p. 309.

³¹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 26.

extravasar. A transgressão é outra figura do limite que trabalha em prol da ilimitação³². O poder penal cuja tendência expansiva e ilimitada encontra na figura da transgressão (geralmente de direitos e garantias fundamentais) o seu suporte diferencial relativo ao desvio, é responsável pela engrenagem estatal que corresponde à violação dos direitos dos sujeitos e que, como tal, aparece na teoria do poder como algo necessário, inerente à dinâmica do maquinário punitivo. Aqui, como bem apontado por Foucault³³, a gestão diferencial das ilegalidades e o tratamento do Estado para determinadas espécies da criminalidade emergem como algo funcionalmente adequado à sociedade. O abuso por parte do poder punitivo, nesta senda, não pode ser considerado, como faz boa parte da criminologia tradicional, como algo extraordinário, anormal ou bárbaro. O funcionamento da justiça penal baseia-se e tem como sustentáculo esta constante tensão entre a limitação estatal e a tendência à transgressão, figura da ilimitação. Como destaca Martins³⁴, existe uma “pulsão centrípeta do limite”, que significa que as “fronteiras trabalham para dentro”. As fronteiras nada mais são do que faces do centro. Transportando-se este pensamento relativo ao Estado para a criminologia, é possível chegar-se à conclusão de que a delimitação do poder – as áreas de fronteira – é outro semblante do centro. O político, assim, constitui outra face do jurídico e vice-versa. Esta zona fronteira, que se caracteriza como uma espécie de “fundo alucinatório da crença”³⁵ é principalmente permeada pela teoria da pena, que torna maleáveis os discursos jurídicos e políticos. Desta maneira, apesar da existência de uma relação estreita entre pena e processo³⁶, a instrumentalidade do processo penal não pode atender às teorias absolutas ou relativas da pena, preferindo-se, a fim de delimitar o campo jurídico e o político, a concepção agnóstica. As teorias da pena são marcas indelévels da ilimitação³⁷. Relacionadas também, a mais uma grande questão que o garantismo não consegue responder: os espaços irredutíveis de disposição.

³² CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Idéias*. Vol. 26. p. 310.

³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*.

³⁴ CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Idéias*. Vol. 26. p. 317.

³⁵ CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Idéias*. p. 318.

³⁶ “O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 03.

³⁷ “A ilimitação é a possibilidade sempre em aberto de que ocorram todas as diversas figuras do limite, em regime de potencial absorção de todas elas – da demarcação, da transgressão, do impulso centrípeta e interior, da ilimitação propriamente dita – e de todos [sic] as entidades que nelas se fundamentam – dos Estados, inclusive, também eles absorvidos, mais que diluídos, sob a forma de império”. CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Idéias*. p. 325.

Esta expansão do poder judicial³⁸, em face do declínio do patriarcado nas sociedades pós-industriais³⁹ é responsável por uma minimização dos espaços de decisão institucionais, o que demanda uma segunda problematização a ser extraída do conceito de limite: trata-se da necessidade de se (tentar) controlar (mesmo que precariamente) o processo de judicialização⁴⁰. Esta tarefa cujo incessante incremento legislativo e uma perceptível demanda pelo reencontro com o terceiro (nomeadamente o juiz, numa falsa pressuposição de que este possa realmente constituir terceiridade) destina a borrar as fronteiras entre legislação, jurisdição e administração⁴¹. Justamente a temperança entre as esferas política e jurídica acaba sendo dilapidada, expropriada por uma vontade de ascese como instância última, como a panacéia para os males que afligem a sociedade. A extensão dos poderes judiciais e as funções que passam a ser desempenhadas pelo juiz dependem significativamente das distintas formas de limitação⁴². A forma instrumental do processo ganha aqui corpo, justificada pelas barreiras opostas à política. Uma vez mais o papel das garantias⁴³ e direitos fundamentais e principalmente pela concepção de instrumentalidade que se lhe atribua é fundamental para o desenvolvimento conclusivo desta questão⁴⁴. Conceber o processo penal como instrumento de aplicação da pena⁴⁵ ou então, como limite

³⁸ “Esta judicialização acaba por impor uma versão penal a qualquer relação – política, administrativa, comercial, social, familiar e até amorosa – doravante descodificada na perspectiva binária e redutora da relação vítima/agressor”. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 24.

³⁹ Cf MELMAN, Charles. *O Homem Sem Gravidade: gozar a qualquer preço*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

⁴⁰ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. Prefácio. In *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. p. 09.

⁴¹ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. p. 21.

⁴² GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. p. 107.

⁴³ Para uma relação entre direitos e suas garantias, importante é a definição 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 em llamar garantías primarias a estas obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 26.

⁴⁴ “O pensamento clássico oficial, apesar de romper com o barbarismo do processo penal, instaurar regime de legalidade e ‘humanizar’ a pena, não deixa de apresentar um núcleo ideológico anti-iluminista (ou uma confusão pós-iluminista entre direito e moral) calcado nos princípios ideológicos da Defesa Social, representado, principalmente, no que Alessandro Baratta denomina de princípio do bem e do mal”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. p. 58.

⁴⁵ “O primeiro e mais sensível efeito da adoção do modelo penal de garantias é a negação, a priori, das teorias de prevenção especial positiva (ressocializadoras) como argumento justificacionista da pena, e, posteriormente, das próprias justificações jurídicas às sanções”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. p. xxv.

ao poder político⁴⁶ (a pena é fundamentalmente conceito político e não jurídico, como leciona Tobias Barreto) significa assumir uma posição de limitação ao poder judicial ou à sua ampliação desmesurada⁴⁷. Daí que as formas inquisitoriais de processo encontram nas novas formas de administração de justiça penal campo fértil para a propagação de institutos que ampliam as funções acusatórias tributáveis aos órgãos de magistratura⁴⁸.

Assim, é possível determinar, segundo o conceito de instrumentalidade haurido junto às bases epistemológicas de uma determinada cultura jurídica – aqui a continental – se esta instrumentalidade corresponde à aplicação da pena ou pelo contrário, se limitativa desta.

No Brasil, predomina a formulação que concebe a instrumentalidade em nítido caráter ético-político, minando justamente a idéia de limitação do poder estatal. Assim, por exemplo, Dinamarco sustenta o “caráter ético do processo”, criticando a “existência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista”⁴⁹. Além disso, esta instrumentalidade guarda estreita relação com o conceito de forma processual⁵⁰. A relativização das formas, aliada à ampliação dos espaços de poder judicial constitui inegável peça de engrenagem de um processo penal pautado por

⁴⁶ “A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 10.

⁴⁷ “En todo caso, se perciba o no, hoy las democracias se encuentran ante el juez ‘político’. Así el problema de su responsabilidad se agudiza”. GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. p. 165.

⁴⁸ “Son poderes que pueden derivar de la tradición inquisitoria en el proceso, que con frecuencia perdura más allá de las formas concretas o del hecho de que, en países como Francia e Italia, el juez y el fiscal pertenezcan al mismo cuerpo”. GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. p. 166.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41. Ainda: “Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados; com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 64.

⁵⁰ Segundo Dinamarco, no uso de uma concepção ética e substancialista de processo, “o juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas, visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 156.

parâmetros de eficiência⁵¹, compondo uma dimensão eticizante de sistema punitivo⁵², no sentido hegeliano de um Estado Ético. Obviamente, esta dimensão de um Estado Ético deu azo para que se consolidassem, durante o século XXI, formas estatais de esmagamento e compressão da diferença. Neste sentido, não parece fantasiosa a advertência de Goldschmidt, de que o processo penal é o termômetro que aponta o grau de elementos democráticos ou autoritários de um determinado Estado.

Retornando-se à instrumentalidade do processo, percebe-se que não se pode auferir a nem avaliá-la a partir de um lócus neutro do discurso. É preciso assumir uma determinada concepção de processo, para que a partir de então as conseqüências de tal postura possam trazer todos os seus efeitos. Com o constitucionalismo pós-guerra e com a assunção da Constituição da República à condição de validade das demais normas (movimento este que se dá precisamente a partir de Kelsen⁵³, que estabelece as bases epistemológicas para que a Constituição da República assumira este *ranking*) se encontra alicerçada a primeira categoria fundamental para a contemporânea teoria da Constituição da República. No entanto, não basta que a Constituição da República seja elevada a um status hierarquicamente superior. Passo decisivo para uma eficácia constitucional plena se deu com o denominado pós-positivismo e a preocupação para com os princípios, que se consolidam como normas⁵⁴.

Logicamente, se a Constituição da República, que disciplina via de regra a imensa gama de princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito é depositária de uma série de normas, não mais pode ser considerada como mera coadjuvante, carta de intenções ou mesmo documento político e programático, identificado como o “conjunto dos valores de determinada sociedade”. Certamente, a diferença ontológica esculpida por Alexy, que

⁵¹ Exemplo disso pode ser encontrado em Dinamarca, para quem “relativizar as nulidades – eis a chave instrumentalista a ser inteligentemente acionada por juízes empenhados em fazer justiça, sem o comodismo intelectual consistente em apoiar-se no formalismo e esclerosar o processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 157.

⁵² “O formalismo e lentidão dos procedimentos, associados à estreiteza da via de acesso ao Poder Judiciário e à impunidade consentida pelos tribunais nestes tempos de verdadeira neurose em face da violência urbana, são fatores de degradação da legitimação do poder perante a sociedade brasileira contemporânea”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 171.

⁵³ Cf KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cf KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: SAFE, 1986.

⁵⁴ Cf ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1994. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

estabelece os princípios e regras como espécies de normas contribuiu significativamente para que a Constituição da República pudesse assumir-se como ápice do ordenamento, suplantando e debelando a posição positivista, que distinguia normas e princípios, relegando-os a um papel secundário, geralmente da ordem da “integração e colmatação das lacunas”.

Retornando-se ao processo penal e sua instrumentalidade, o papel central assumido pela Constituição da República não é diverso. Nesta é que se encontram positivadas a imensa maioria das garantias processuais penais. E se de fato assim é, a instrumentalidade do processo não pode ser outra, pena de se subverter a máxima piramidal kelseniana, que aquela advinda da própria Constituição da República. Desta arte, fala-se, na esteira de Aury Lopes Júnior, de “instrumentalidade constitucional”⁵⁵. Esta instrumentalidade constitucional não quer dizer outra coisa que “o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição”⁵⁶.

A instrumentalidade do processo penal começa a ser construída a partir do que Ferrajoli denomina de estrita jurisdicionalidade. Antes mesmo de ingressar mais profundamente nesta categoria, é preciso uma parada mais detida nos pressupostos epistemológicos do garantismo. O primeiro deles dirige-se à fundação de um “conhecimento” jurisdicional oposto ao “autoritarismo” judicial. Este aspecto cognoscitivo do Direito constituiria uma das metas do “modelo corretivo” do Direito proposto por Ferrajoli. O modelo penal garantista trata da “minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”⁵⁷. Um segundo aspecto, não tão relevante para o desfecho da presente investigação quanto o primeiro, diz respeito à filosofia do direito, num sentido valorativo e político, da justiça penal – mais especificamente o problema da pena. Um terceiro fundamento epistemológico do garantismo penal radica-se na teoria da validade e no seu imbricamento a um modelo constitucional de legalidade⁵⁸.

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I.

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. p. 08.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 22.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 23.

Os princípios garantistas, portanto, são concebidos como esquemas identificadores de graus de irracionalidade penal. Tendentes, nesta senda, a servir de parâmetro à relativização da arbitrariedade. Evidentemente, é possível, como estampa Ferrajoli⁵⁹, reconhecerem-se dois momentos fundadores deste sistema: num primeiro plano, a própria definição legislativa do delito e em um segundo, a sua comprovação empírica (jurisdicional). No primeiro plano situam-se as garantias penais e no segundo as processuais⁶⁰.

Pela extensão da presente investigação, tão somente será examinado este segundo espectro. O cognitivismo processual e a estrita jurisdicionalidade correspondem à seara delineada naquele referido segundo ponto. O princípio da estrita jurisdicionalidade requer, por seu turno, duas condições de consubstanciação. A primeira delas pode ser concebida como *verificabilidade ou refutabilidade* das teses acusatórias⁶¹, que significa a proibição de um juízo apodítico. Trata-se de um controle empírico submetido à verificação/refutação que se consolida mediante a remissão da assertiva acusatória a um teste de procedência, jungida à teoria da prova. Como corolário desta postura, Ferrajoli adota, em rechaço à epistemologia inquisitória, a verdade processual em detrimento da substancial ou material. Apesar de o presente tópico versar tão somente sobre a estrita jurisdicionalidade, a rejeição de um sistema movido pela idéia metafísica de verdade como correlação, correspondência entre o ser e o ente permite o reconhecimento da falibilidade do julgado. Nestas condições, o entrecruzamento entre poder e saber situa-se no campo específico da atividade jurisdicional, tornando praticamente inelimináveis as margens correlativas aos espaços de discricionariedade imanentes ao local do julgador⁶².

Destaca-se, nesta via, uma nítida tensão entre direito penal mínimo e máximo. A faceta processual desta contraposição sistêmica se encontra no fato de que a certeza perseguida pelo direito penal máximo demanda a punibilidade de todos os culpados mesmo que à custa de se condenar inocentes. A certeza buscada pelo direito penal mínimo, por seu

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 34.

⁶⁰ Importante destacar que ambas estão correlacionadas. Tanto as garantias penais como as processuais têm por finalidade limitar o poder punitivo. A dicotomia estabelecida por Ferrajoli se dá num plano idealizado e teórico, tendo em vista a natureza heurística do garantismo penal.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 36.

⁶² “La tarea principal de la epistemología penal garantista es la de elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes y, por tanto, basar en juicio (en decisiones) sobre la verdad procesal en lugar de (en decisiones) sobre valores de otro tipo”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 63.

turno, prescreve a não punibilidade dos inocentes, mesmo que se corra o risco de absolvição de culpados⁶³. Tal proposta vem garantida principalmente, pelo princípio da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), que desde Carrara pode ser concebido como a espinha dorsal do processo penal.

Todavia, apesar de Ferrajoli apontar para uma dimensão redutora do poder punitivo, constata-se que sua proposta minimizadora esbarra em um obstáculo insuperável. A verificabilidade jurídica e a denotação legal - componentes das garantias processuais -, estruturam-se em uma teoria limitada do significado. Para Ferrajoli⁶⁴, uma tese jurídica é verificável e refutável somente se os termos empregados possuam extensão determinada. O problema dessa postura teórica se dá exatamente na crença da objetividade do significado, própria do Círculo de Viena. Deixa-se aqui tão somente o registro de que se trata certamente de um avanço. No entanto, não é possível admiti-la em sua plenitude, já que existem elementos outros – certamente não aqueles que constituem objeto de análise jurídica – capazes de tornar o significante mera adjacência, excrescência do desejo a se movimentar nas cadeias sígnicas e que, portanto, podem dizer coisa diversa do que diz seu intérprete.

Retornando-se a Ferrajoli, a verificabilidade jurídica vincula-se à linguagem normativa enquanto a verificabilidade fática estaria limitada pela semântica do discurso comum e principalmente, judicial⁶⁵. Neste primeiro momento, o princípio da estrita legalidade funciona como uma espécie de metarregra capaz de dar as coordenadas da formação da linguagem legal⁶⁶. Como o cognitivismo jurídico não se reduz à face da estrita legalidade, há que se acrescentar uma segunda metarregra a fim de garantir a formação da linguagem jurisdicional: trata-se do princípio da estrita jurisdicionalidade⁶⁷.

Desta forma, por exemplo, a garantia da presunção de inocência pode ser concebida como um limite à declaração judicial. Essa qualidade do processo penal se deve ao fato de que somente a sentença poderá decretar a qualidade de culpado, sendo que este ato judicial

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 106.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 120.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 121.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 121.

⁶⁷ “El uso de palabras equívocas y de juicios de valor en la descripción de los hechos imputados y en la realización de las pruebas representa más bien una técnica de vaciamiento de las garantías penales y procesales por parte de los jueces no menos difundida que la adoptada análogamente por el legislador en la formulación de las leyes”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 124.

apenas conterà duas opções: culpa ou inocência. Além disso, é preciso à acusação demonstrar a tipicidade, ilicitude⁶⁸ e culpabilidade do fato imputado ao acusado. A construção da acusação e da futura condenação enseja certa dose de segurança sobre a autoria e materialidade do delito. Ademais, o réu não precisará demonstrar coisa alguma, não podendo ser tratado como culpado. E finalmente, cumpre salientar que não podem existir situações normativas que gerem uma presunção de culpabilidade ou “partes da acusação” que tornem despicienda a prova por parte do titular da ação penal⁶⁹. A garantia do acusado relativa à carga da prova, que deposita nas mãos da acusação o dever – entendido como imperativo da própria parte – configura-se num primeiro limite cognitivo ao processo penal. Representa desta maneira, uma garantia de verificabilidade das hipóteses acusatórias.

Ferrajoli demonstra a existência de quatro espaços de poder na seara jurisdicional: o de denotação – interpretação e verificação dos fatos submetidos à apreciação judicial; o de comprovação probatória – verificação fática; conotação – compreensão equitativa e o de disposição, relativo à valoração ético-política⁷⁰. Ferrajoli subsume os três primeiros fenômenos em um só, que resolve chamar de poder de cognição. Enquanto o poder de cognição está ligado a fatores que podem ser concebidos como fisiológicos e em certa medida irrenunciáveis pelo próprio homem, o último deles, o poder de disposição concerne à patologia do sistema jurídico, justamente por se caracterizar como disfunções e desvios prototípicos das três primeiras categorias⁷¹. Segundo Ferrajoli, por mais perfeito que seja um determinado modelo garantista, os três primeiros poderes do juiz são inarredáveis. O último deles deriva exclusivamente das lacunas, imperfeições e vícios de determinado ordenamento jurídico. “El poder judicial de disposición consiste precisamente en esta

⁶⁸ É conhecido o denominado caráter indiciário (*ratio cognoscendi*) da tipicidade em relação à ilicitude. No entanto, mesmo que as causas de justificação sejam elementos descaracterizadores da antijuridicidade da conduta, isto em nada interfere na distribuição da carga probatória. Como exemplo, a alegação de legítima defesa, por parte do réu, terá como consequência a necessidade da acusação em confirmar sua a desconstituição das referidas justificações. Esta tarefa em nada pressupõe como afirma a doutrina mais desavisada, a assunção de uma “prova negativa”, impossível de ser realizada. À alegação da legítima defesa incumbiria à acusação a demonstração de que a agressão era injusta (repelindo a agressão injusta), a desproporcionalidade dos meios empregados (a fim de afastar a proporcionalidade dos meios empregados) ou agressão passada ou inexistente (rechaçando a atualidade ou iminência da agressão). Cf ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2002. Cf LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁶⁹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. p. 87.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 38.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 40.

autonomía del juez, llamado a integrar después del hecho el supuesto legal con valoraciones ético-políticas de naturaleza discrecional⁷²”. Trata-se, à evidência, de uma patologia que põe em risco as garantias constitucionais. Como acentua Satta, “il processo, così como noi lo concepiamo, è figlio della libertà: dal travaglio della libertà sono nati tutti i principi sui quali il processo si regge, per i quali il processo è processo: nullum crimen sine poena, nulla poena sine iudicio, in dubbio pro reo, audiatur et altera pars”⁷³. Nesse sentido, as regras de verificabilidade assumem importante ferramenta na análise dos modelos substancialistas (ou éticos) de sistema processual penal.

As regras de verificabilidade jurisdicional passam por três outras garantias. A necessidade de prova, mediante atuação de uma parte acusatória, a possibilidade de refutação desta prova, por intermédio do princípio do contraditório e a imparcialidade do juiz compõem este quadro⁷⁴. Forças que tornam o juiz consistente para consigo mesmo, embora inconsistente para qualquer outro⁷⁵. O sistema brasileiro, do mesmo modo que o italiano⁷⁶, a despeito da clássica dicotomia aristotélica⁷⁷, elegeu um modelo que repousa no primado da norma, seu principal alicerce. Todavia, esta supremacia normativa não é absoluta, recaindo sobre a figura do magistrado, espaços de preenchimento e até mesmo afastamento de certas regras.

A redução dos espaços de disposição para Ferrajoli pode se dar a partir do princípio da estrita jurisdicionalidade. O jurista italiano distingue a jurisdicionalidade em sentido lato da estrita⁷⁸. A primeira, designada também por garantias orgânicas são comuns a qualquer espécie de competência, não estando vinculadas particularmente ao juízo penal. São elas a

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 171.

⁷³ “O processo, assim como nós o concebemos, é filho da liberdade: do trabalho da liberdade são natos todos os princípios sobre os quais o processo se rege, pelos quais o processo é processo: *nullum crimen sine poena, nulla poena sine iudicio, in dubbio pro reo, audiatur et altera pars* (tradução nossa)”. SATTÀ, Salvatore. *Il Mistero del Processo*. Milano: Adelphi Edizione, 1994. p. 75.

⁷⁴ “Estas tres garantías, junto al presupuesto semántico de la estricta legalidad o verificabilidad de las hipótesis acusatorias, aseguran la estricta jurisdicionalidad del proceso penal”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 150.

⁷⁵ “É frequentemente através destas forças que juízes são mantidos consistentes consigo mesmos, e inconsistentes para os demais (Tradução nossa)”. CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Dover Press, 2005.p. 08.

⁷⁶ “O sistema italiano, a respeito da dicotomia aristotélica, entre um sistema fundado sobre a supremacia da lei e outro sobre aquela dos juízes, optou por uma terceira via na qual a supremacia é dos juízes, mas no âmbito de uma atitude que se supõe seja agora fundada na prevalência da norma (tradução nossa)”. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000. p. 148.

⁷⁷ Justiça corretiva e distributiva.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p.539-540.

independência, imparcialidade, responsabilidade, separação das funções de acusar e julgar, juiz natural, obrigatoriedade da ação penal, etc. Como se denota, são garantias da formação do juiz e não propriamente garantias processuais, correspondentes à jurisdicionalidade estrita, que se preocupa com a formação do juízo. Dentre estas garantias propriamente processuais, podem ser destacadas aquelas concernentes à coleta de provas, ao desenvolvimento da defesa e à convicção do magistrado. Aqui entra em cena, por exemplo, a questão referente às denúncias genéricas, sem fatos determinados ou ainda imputados a uma coletividade sem discriminação dos desígnios volitivos, a carga da prova, o princípio do contraditório, a publicidade dos atos judiciais, o princípio da oralidade, os direitos da defesa, a justificação das decisões, e especificamente para o estudo em apreço, a forma dos atos judiciais.

O princípio da estrita jurisdicionalidade, que agregaria uma série de outros princípios, caros ao processo penal democrático⁷⁹, encontra-se inserido dentro da já referida instrumentalidade constitucional do processo penal. Se por instrumentalidade é possível caracterizar a legitimidade do processo, pela sua adequação à Constituição da República, a estrita jurisdicionalidade permite a perquirição por sua legalidade (entendendo-se esta em sentido amplo, como o respeito às regras do jogo). Neste segundo momento contempla-se um sistema epistemológico de correção dos desvios – um modelo heurístico, portanto – capaz de, na dialeticidade do sistema ideal ao concreto, apontar para a maior ou menor (ir)racionalidade do sistema processual.

A justificação por um modelo limitador de poder se encontra centrada sobre dois pontos. O primeiro deles e já explanado trata da certeza buscada pelo processo penal

⁷⁹ Adota-se aqui o conceito de democracia substancial de Ferrajoli, que estabelece não apenas a sujeição às decisões da maioria, senão para além, estabelecendo limites à própria escolha majoritária. “Resulta sí desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas *formales* en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecible*: de lo *no decidible que*, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In _____. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. p. 36. Importante sinalizar que a crítica ao conceito de democracia formal como mera decisão da maioria já foi realizado de há muito, inclusive por um autor como Carl Schmitt, embora com motivação diversa: “Corresponde a um modo de pensar puramente funcionalista entender Direito e lei sem uma relação com qualquer conteúdo a não ser a respectiva decisão da correspondente maioria parlamentar. Por meio disso, Direito, lei e legalidade tornam-se modos de processo e procedimentos de votação ‘neutros’, indiferentes e acessíveis a qualquer conteúdo”. SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 28.

democrático. À custa da absolvição de culpados, protegem-se com maior rigor os submetidos ao processo, de forma a minimizar o erro judiciário. Dispensável realizar um excursus sobre o tema do erro no processo, correspondente, para Carnelutti, à própria história do processo, que se somaria à história da pena, verdadeira história dos horrores e da infâmia⁸⁰. Deve-se acreditar que sistemas pautados pela contração do poder privilegiem este espectro do processo, considerando-se sob este ponto, o acusado como mais fraco (hipossuficiente)⁸¹ em relação ao Estado, daí a razão de existência de limites bem definidos que se opõem à violência estatal. Além desta justificação, é possível encontrar-se outra. Desta feita, trata-se de obstaculizar o impacto causado pelo Estado na vida do acusado e de minimizar os efeitos nefastos do assujeitamento processual. Esta segunda justificativa pode ser chamada de redução de danos. Com efeito, a partir do pensamento carneluttiano acerca do erro judiciário, chega-se facilmente à conclusão de que se o processo, inevitavelmente produz violência, resta ao processo penal minimizá-la, reduzi-la ao que Ferrajoli chama de “mínimo sofrimento necessário”.

Apesar dos apontamentos traçados e da opção clara que se faz pela dimensão democrática do processo, balizada pelos princípios e garantias fundamentais, a doutrina brasileira se inclina preferentemente pela opção tradicional, transmitida segundo os mandamentos escolásticos que serão mais adiante ventilados. A transmissão de um saber de mestre, a autoridade que avaliza o enunciado, a falta de sintonia da dogmática processual penal com a realidade operativa do sistema punitivo (este direito penal subterrâneo, como denomina Zaffaroni) permitem que uma pseudo-instrumentalidade do processo, aparentemente arraigada em dispositivos democráticos possa ser anunciada e diuturnamente referendada pela práxis judicial.

Comumente a doutrina destaca como uma espécie de finalidade do processo a manutenção da paz social⁸². Eis aqui travestida uma ordem de raciocínio jurídico que consolida uma espécie de primado do público sobre o privado, bem ao gosto dos Estados

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 603.

⁸¹ “Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004. p. 54.

⁸² “El Estado instituye órganos dedicados específicamente a la actuación de pretensiones, recoge estas pretensiones y las actúa, en caso de conformidad con el derecho objetivo, para lograr el mantenimiento de una paz justa en la comunidad”. GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 42.

autoritários. Como uma espécie de mito fundante⁸³, geralmente ancorado e vinculado à metáfora do contrato social, o processo seria uma forma institucionalizada de resolução dos conflitos. Aqui se encontra uma determinada dupla funcionalidade do processo penal, que elenca, de um lado, a defesa dos interesses individuais e de outro, a defesa da sociedade⁸⁴. Trata-se daquilo que Coutinho designa como motivo conceitual: “*motivo conceitual*, aqui, é dizer *mito*⁸⁵”. A renúncia à autotutela, por exemplo, é um dos recursos alográficos mais encontrados no que se refere à justificação da existência do processo. Demais disso, é possível verificar-se, nesta mesma esteira, que o conceito de processo, sem resguardar a limitação necessária entre direito e o político aparece constantemente como instrumento teleologicamente orientado à satisfação de determinado fim. Desta arte processo penal e finalidade⁸⁶ acabam configurando-se como duas faces de uma mesma moeda. O processo penal acaba assumindo, como não poderia deixar de ser, tarefas exclusivas da política criminal, articulando espaços de disposição que se ligam justamente a focos do poder que ingressam, permanecem e provocam gradativamente corrosões no tecido das garantias fundamentais.

Naturalmente, de novo, a ligação do processo à pena e o primado utilitarista que se torna passível de verificação nos novos desideratos de um processo penal “pós-moderno”

⁸³ “Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o *mito* pode ser tomado como *a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang*⁸³ à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC. p.02.

⁸⁴ Como exemplo desta postura, basta verificar-se a doutrina processual penal brasileira, principalmente vinculada a Escola Paulista, para se ter noção da adoção de uma assunção subliminar ou velada da ideologia da defesa social. “O processo penal objetiva, concomitantemente, dupla finalidade, a saber: a) por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade; e, b) por outro, o de garantia da sociedade”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34.

⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC. p. 02.

⁸⁶ “En numerosas ocasiones el Estado no se limita a recoger la pretensión de un particular sino que crea él mismo la pretensión correspondiente: por ejemplo, en el proceso penal, donde no sólo juzga sobre la acusación, sino que acusa por medio del Ministerio Fiscal. Pero también aquí la idea fundamental expuesta en el texto encuentra aplicación: el Estado, considerado por razones extraprocesales como titular del *jus puniendi*, renuncia a la acción administrativa directa contra el culpable, del mismo modo que obliga a renunciar al ofendido a tomarse la justicia por su mano; no renuncia a pretender, ante el órgano instituido especialmente para ello, es decir, ante el órgano jurisdiccional, el castigo del infractor.” GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 42-43.

conduz à rápida conclusão de que ainda se lida com o positivismo jurídico e de que a Constituição da República não possui aplicação quando se está de frente com o interesse público (punitivo). A concepção de processo que aparece como um mecanismo de aplicação da pena é o que leva, contemporaneamente, o processo penal a assumir funções preventivas. Para além, é neste ponto que alguns institutos processuais ameaçam consolidarem-se nas mais diversas culturas jurídicas. A importação pelo modelo continental de institutos como o *plea bargaining* ou o *plea negotiation*, a delação premiada e o *pentitismo*, a expansão irrefreável dos âmbitos de aplicação das custódias cautelares⁸⁷, a gradativa admissão das provas ilícitas por teorias excipientes que aparentemente “purgam” a ilicitude de sua obtenção são exemplos que não mais se confinam neste ou naquele país. A globalização do processo penal, assim, permite o surgimento de um modelo que se caracteriza, principalmente, pela conjunção dos vícios e defeitos dos modelos continentais (a sempre latência do sistema inquisitorial) e a flexibilidade e o pragmatismo do modelo da *common law* (não regido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal e que possui uma linha acerca da prova ilícita cada vez mais tolerante a exceções)⁸⁸.

Desta maneira, em nossa visão, o processo somente poderá ter entrelaçamentos com a pena naquilo que guarde relação com o processo de legitimação. Do contrário, esperar do processo penal impulsos que respondam por uma proatividade do sistema punitivo corresponderia a alimentar os delírios persecutórios de um Manzini e de um Rocco ou ainda acreditar num direito penal da vontade de um Mezger⁸⁹. A proteção dos direitos fundamentais constitui a única via pela qual o processo penal pode legitimar a pena. Isto, uma vez mais é preciso sublinhar, se se quiser cultivar o gosto pela democracia. Promoção do direito penal e imposição de institutos tendentes a confortar as teorias utilitaristas ou

⁸⁷ Para uma crítica a tal modelo Cf CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória*: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

⁸⁸ Isto para não se falar dos crimes submetidos a *Comission Military Act*, normativo pelo qual os crimes terroristas são julgados fora da jurisdição comum, cabendo ao Presidente americano determinar a extensão da aplicabilidade da Convenção de Genebra.

⁸⁹ “Os direitos do homem podem inspirar um processo penal mas não um direito penal. No entanto, o legislador moderno é colocado num impasse: ele deve retirar o negativo de um positivo que não conhece”. GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*: justiça e democracia. p. 122. É curial apontar que a questão etiológica se faz renovada, agora a partir de dois motivos conceituais: o primeiro a partir de uma versão normativa – a do inimigo de Jakobs e da culpabilidade como fidelidade ao Direito. A segunda, talvez ainda mais perigosa, trata das teorias que procuram, através do recurso à genética e à psiquiatria, remontar o discurso periculosista do delinqüente natural.

absolutas da pena equivale ao processo de administrativização do processo penal atualmente consubstanciada⁹⁰ em critérios de eficiência⁹¹.

Esta transmissão automática de categorias inerentes a um discurso distante do processo de constitucionalização, impregnadas na dogmática tradicional, incapaz de refletir sobre os postulados mais elementares da teoria geral e da filosofia do direito reflete-se na postura (descomprometida com um regime democrático) adotada principalmente pelos tribunais. O impulso que ganharam teorias capitaneadas pela teoria geral do processo e no Brasil especialmente difundida pela escola paulista de processo ainda são as prevalentes nos círculos acadêmicos e principalmente judiciais. Desta forma é indubitável existir um ranço antidemocrático no tratamento do processo penal no Brasil, seguindo uma dura linha autoritária que se afeiçoa e se amolda à própria exposição de motivos do atual Código de Processo Penal Brasileiro⁹².

Sob a ótica delineada, a legitimidade que deve adquirir o processo penal como caminho natural para a aplicação da pena reside no apego às regras elementares para que o processo se constitua como tal. A instrumentalidade constitucional (legitimidade) e o princípio da estrita jurisdicionalidade (legalidade – modelo heurístico de detecção da irracionalidade do poder punitivo) são marcos indelévels de uma cada vez mais difícil contração do poder punitivo estatal. Assim, é de se rechaçar, por completo, justificativas que conduzem o processo penal rumo ao escopo de se atingir finalidades coletivas, públicas ou mesmo éticas. A dicotomia entre interesses privados e públicos, com a primazia dos

⁹⁰ “O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 37.

⁹¹ A recente reforma do processo penal que alterou os procedimentos é um grande exemplo de como a categoria eficiência subjaz o processo, mormente o penal, mediante reclamos de celeridade e redução da impunidade.

⁹² Não se pode esquecer os perigos da inversão dos direitos humanos. Como exemplo a denominada “proibição de proteção deficiente (ou proibição de insuficiência) é responsável por criações artificiais e insensatas. Como exemplo pode-se citar aqui o pensamento de Carvalho, para quem “existe corrente doutrinária que sustenta a inconstitucionalidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública. A vingar a tese, poder-se-ia estar protegendo deficientemente determinados direitos fundamentais concretamente postos em risco. “Seria às avessas porque, embora a lei preveja a proteção adequada, a interpretação doutrinária que conclua pela inconstitucionalidade é que pode levar a uma proteção deficiente”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37.

segundos, “é uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder”⁹³.

O processo penal surge como um dever estatal. Dever no sentido de que a pena somente pode ser aplicada se: a) resultar de um processo contraditório de identificação de significantes capazes de atestar a prática de um delito (estruturado analiticamente no sistema tríptico); b) resultar de um processo de valoração justificado por parte do órgão julgante; c) preservar as regras processuais e as formas dos respectivos atos, de molde a constituir-se como legalmente perfectibilizado (legalidade sob o prisma do modelo corretivo do poder punitivo). No caso de inobservância destas características, pode-se afirmar que o processo contém um vício incapaz de ser sanado. Uma possível condenação resultaria inadmissível por ferir a estrutura mínima de configuração do processo.

É elementar diagnosticar que o processo penal é um dever do Estado perante o acusado. Isso porque se a pena pudesse ser aplicada imediatamente pelo Estado o processo seria algo dispensável. No entanto, com a vedação dos juízos e tribunais sumários assim como a vingança privada, o processo é elemento inarredável do sistema punitivo. Assim as coisas, o processo vem a ser um limite, um obstáculo à imposição da pena. Somente se preenchidos aqueles três elementos é que se poderá falar em sanção. Nesta senda, ao lado da instrumentalidade constitucional e da estrita jurisdicionalidade, surge mais um elemento, de ordem ontológica ao processo penal. O processo é necessário à pena, não podendo se falar em pena sem processo. Portanto, o processo é um anteparo contra o poder punitivo. Daí por que uma justificativa pública, coletiva ou mesmo ética do processo é inaceitável: o processo não é algo *para uma* finalidade de aplicação da pena. Todo o contrário. É algo anteposto à sua aplicação⁹⁴. Trata-se de um limite, que evita a pena, se se atentar para as duas razões ao princípio narradas por Ferrajoli: a) preferência pela absolvição de culpados em detrimento da condenação de inocentes; b) o reconhecimento do acusado como hipossuficiente em relação ao Estado, derivando desta razão uma série de prerrogativas inerentes ao jogo processual democrático⁹⁵.

⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. p. 12.

⁹⁴ Os direitos fundamentais representam, mais do que fontes de legitimação, fontes de deslegitimação. Cf FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In _____. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*.

⁹⁵ “La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo

No tocante à configuração estrutural do processo penal é que surge o princípio da necessidade do processo em relação à pena como um critério de distinção entre processo cível e penal⁹⁶. O princípio da necessidade significa um monopólio dos juízes e tribunais para dizer a pena, única e exclusivamente por meio do processo, justamente o oposto do processo civil⁹⁷.

O princípio da necessidade do processo em relação à pena corresponde não apenas a uma necessidade prática, mas a uma necessidade ontológica⁹⁸. E, mais do que isso, tal princípio identifica exatamente o ponto de cisão entre processo penal, preservação das garantias fundamentais e o poder político, cuja voracidade punitiva ameaça sempre a ganhar espaço⁹⁹.

Esta necessidade ontológica de que trata Satta pode ser contemplada e quiçá complementada pela lúcida observação de Ferrajoli acerca do duplo vínculo existente entre processo penal e hipossuficiência¹⁰⁰. O pensador italiano destaca que o débil, o mais fraco no momento do crime é a vítima. Entretanto, já no processo penal, a relação se torna às avessas: o pólo débil na relação processual é o réu¹⁰¹, exigindo-se, portanto, num sistema democrático¹⁰², que se tente estabilizar e equilibrar a relação mediante a adoção de uma

hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía existentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In _____. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. p. 55.

⁹⁶ “Existe una profunda diferencia en este respecto con la relación que une el derecho privado y el proceso civil. Mientras que en el campo privado, por regla general, los derechos son satisfechos y las obligaciones cumplidas espontánea y libremente, sin necesidad del proceso, y tan sólo se acude al juez en caso de incertidumbre o incumplimiento, el derecho penal, para realizarse, necesita siempre ser declarado en una sentencia. Ni el propio Estado ni el presunto culpable pueden renunciar al proceso, imponiendo o aceptando la pena sin él”. GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 7 ed. Madrid: Ediciones Madrid, 1972. p. 01.

⁹⁷ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 16.

⁹⁸ SATTA, Salvatore. *Il Mistero del Processo*. p. 25.

⁹⁹ “No plano processual, a eficiência antigarantista identifica-se, em linhas gerais, com o modelo inquisitivo”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 47.

¹⁰⁰ “Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 54.

¹⁰¹ Cf FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*.

¹⁰² Sobre a idéia de democracia, remontando o pensamento de Norberto Bobbio, Coutinho ensina que “mas isto, a delimitação das regras, não basta! É preciso que se saiba, para além dela, contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo. Como referido no início, alcançar tal patamar só é

série de garantias cujo objetivo é aquela certeza anteriormente mencionada: evitar-se a punição de inocentes.

O nascimento instituição judiciária¹⁰³ comprova a necessidade ontológica de que Satta mencionava. No entanto, sua fundamentação exige uma justificativa que transcenda a economia penitencial arvorada nas entranhas do processo. Este enquadramento dos direitos fundamentais como alicerces a sedimentar a estrutura do processo torna-se requisito basilar de uma instituição democrática. Esta vinculação democrática se dá exatamente a partir do local central assumido pela Constituição da República a partir da modernidade, especialmente no direito ocidental. A relação entre validade, democracia substancial e Constituição pode melhor ser vislumbrada naquilo que Ferrajoli denomina como validade substancial da República¹⁰⁴.

1.3 Natureza Jurídica do Processo Penal (?): revisão de algumas premissas fundamentais

A discussão sobre a natureza jurídica do processo penal tem sua razão de existência. A teoria das nulidades, finalidade precípua desta investigação não pode se desenvolver criticamente a não ser pela revisão de determinados caracteres que respondem pela chamada natureza jurídica do processo.

possível quando os agentes em cena, no palco social, assumem sua face ideológica. Não é possível jogar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de 'objetividade' ou 'neutralidade'. Até mesmo porque se sabe que tais referenciais têm como função principal a ocultação dos conflitos socioeconômico-políticos. Em outras palavras: democracia - a começar a processual - exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinaridade". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *In Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC. p. 12.

¹⁰³ De acordo com Cordero, o nascimento da instituição judiciária se dá através de um desenvolvimento longo e imperfeito exorcismo sobre a força nua. CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986. p. 95.

¹⁰⁴ De acordo com Pietro Costa a Constituição da República em sua pluralidade e aomesmo tempo complexidade surgiria para Ferrajoli, como uma tentativa de positivação, de transformação em norma jurídica, de muitos dos postulados éticos e antropológicos do jusnaturalismo iluminístico. COSTA, Pietro. Un Modello per Un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico-teorica della "modernità" penalistica. *In GIANFORMAGIO, Letizia. Le Ragioni del Garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 20.

Num primeiro ponto, há que se justificar a escolha. Por que a discussão em torno da natureza jurídica do processo? Qual a finalidade de apresentar as diversas teorias que pretendem conceder ao processo uma racionalidade jurídica e sua ligação com a teoria das nulidades?¹⁰⁵

Relativamente à primeira inquirição, salutar destacar que a ciência processual, ao longo de seu desenvolvimento, passou por diversos momentos, ora valorando-se determinado elemento, ora outro. Com isso não é difícil perceber-se que a teoria do processo se coloca como um lócus adequado no escopo de realização de uma filtragem, hábil a diagnosticar os pressupostos de coerência sistêmica do direito processual. Da mesma maneira, a natureza jurídica do processo permitirá medir-se também, parafraseando Goldschmidt e sua concepção do processo penal, o grau de elementos corporativos ou democráticos de determinada sociedade.

De toda sorte, sem esta discussão de base seria demasiado perigoso, para não dizer contraproducente inaugurar uma teoria das nulidades descompromissada com uma concepção de processo. Isto porque o primeiro está a indicar não apenas predileções, mas também as opções e posições de política criminal a serem assumidas. Desta forma, se se quiser levar adiante um construto racional das nulidades aplicadas ao processo penal é forçoso conceber-se o processo orientado dentro de certo esquema conceitual.

Nos tópicos precedentes salientou-se o processo penal como instrumento de garantia do hipossuficiente. Esta é a postura aqui assumida. O processo penal possui uma instrumentalidade orientada à proteção do mais fraco, pautada pela redução de danos. Quer dizer que se inevitável se afigura o problema eventual de injustiças no plano processual, corresponde ao processo penal a função de reduzir estas possibilidades. Reduzir os danos, portanto.

Para além disso como o demonstrara Carnelutti em sua *Ceneterola*, “in una parola, la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del

¹⁰⁵ Desde já, não se pode aceitar a conclusão de Duclerc, para quem “todas elas seriam insuficientes porque incorrem no erro metodológico de querer enquadrar o processo numa das categorias do direito que já existem. Assim, processo seria processo, e constituiria, por si, uma das categorias gerais do direito, sem que com isso se negue a existência do conceito de relação jurídica processual”. DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

processo civile”¹⁰⁶. Sabe-se que o processo penal, pelas conseqüências de uma tentativa de se impor uma teoria geral do processo a todo custo, colheu as mazelas de uma sombria e descartável autonomia científica. A tentativa de universalização de conceitos, mesmo que inaplicável entre as distintas esferas do processo civil e penal gerou inúmeros percalços, os quais resistem a toda e qualquer denunciação de inadequação¹⁰⁷. A teoria geral do processo como construção do período cientificista angariou os mais diversos nomes. Poucos aqueles autores que ousaram denunciar a equivocada trama de conceitos, obumbrados pela inadequação não apenas teórica, mas que possibilitou um sem números de equívocos no plano judicial.

Dentre esses inúmeros equívocos basta atentar-se para a defesa de um *jus puniendi* estatal, produto de uma violação ao dever de obediência de cada súdito ao Estado¹⁰⁸. Tal postura antidemocrática e tirânica ainda encontra na ampla maioria dos autores sua adoção ou pelo menos – o que dá no mesmo – a ausência de elaboração crítica a fim de pelo menos inquirirem-se as razões desta construção teórica. Além do “jus puniendi”, que não sobrevive à mais comezinha argumentação em contrário¹⁰⁹, o problema da lide¹¹⁰ é outro que grassa os mais recônditos cantões do processo penal. A doutrina tradicional, ao sustentar a existência de um conflito entre pretensões resistidas a se desenvolver no seio do processo ou admitir (para alguns) uma lide contingencial (Afrânio Jardim¹¹¹) segue no caminho da manutenção conceitual irrefletida. Como demonstra Coutinho¹¹² o conteúdo do

¹⁰⁶ “Em uma palavra, a teoria do processo penal está agora em uma fase de nítida dependência do processo civil (tradução nossa)”. CARNELUTTI, Francesco. Cenenterola. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. I. p. 75.

¹⁰⁷ Como aponta Guarneri, um dos principais efeitos é “civilizar” o processo penal. De acordo com o autor italiano, a adoção incondicional de uma teoria, cuja origem pode se creditar ao direito civil, mais especificamente no direito das obrigações, conduziu àquela que justamente é chamada de privatização do processo penal, em contraste com a reconhecida natureza pública do direito processual (mesmo o processo civil)”. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1939. p. v.

¹⁰⁸ Como alerta Cordero, o poder de punir compete exclusivamente ao juiz. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. p. 28.

¹⁰⁹ Perceba-se que o Estado jamais poderia garantir para si mesmo um direito subjetivo. Ademais, gize-se a inexistência de um direito subjetivo à punição por parte do Ministério Público. Para tanto, basta verificarem-se as críticas traçadas por Lopes Júnior seguindo de perto o pensamento de Goldschmidt. Cf LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I.

¹¹⁰ Destacando o problema da lide no processo penal, mormente pela difusão do sistema inquisitorial, Calamandrei adverte sobre uma irrelevância processual da lide que no campo do processo civil é característica própria dos processos de tipo inquisitório, sendo regra generalíssima no processo penal. CALAMANDREI, Piero. Il Concetto di “Lite” nel Pensiero di Francesco Carnelutti. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. v. p. 16.

¹¹¹ Cf JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹¹² “Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

processo é o caso penal ou ainda, como demonstra Lopes Júnior, o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória¹¹³. De resto poderia ainda se falar na impossibilidade de uma teoria geral das cautelares a ser aplicada ao processo penal, a própria rediscussão da ação no processo penal, a aplicabilidade do conceito de pressupostos processuais, enfim, muitas são as questões a serem plantadas e que, no entanto não devem, por questão de tempo, ser aqui discutidas.

O processo penal como *Cenenterola*, restou subjugado, engolido pela teoria geral do processo. Uma dessas instâncias de supressão da autonomia conceitual do processo penal é justamente a sua natureza jurídica, geralmente atribuída como relação jurídica¹¹⁴.

A pretensão, aqui, é a de levantar algumas incongruências não apenas relativamente ao conceito de relação jurídica e sua inaplicabilidade ao processo penal. Mas também trazer à tona a retomada de uma postura democrática aplicada ao processo penal, como acentuara o maestro do liberalismo processual, James Goldschmidt. Para muitos autores, a discussão acerca da natureza jurídica resta superada. Exemplo disso é a parca ou nula atenção dispensada à matéria nos livros e manuais. Simplesmente ignora-se a temática, sob o pálio de se constituir em uma discussão estéril. Pensa-se aqui o contrário. A análise da natureza jurídica do processo tem sua razão de ser e permite ainda, colher alguns bons frutos. No caso aqui estudado, a teoria das nulidades, parece fundamental tecer alguns comentários sobre a então esquecida natureza jurídica do processo penal.

Desta forma, a fim de levar adiante uma teoria das nulidades entrelaçada em um ideário democrático de processo penal, imperioso tomar-se por base uma teoria que permita questionar-se os pressupostos elementares que condicionam o desenvolvimento teórico do processo penal, o qual privilegia os direitos de liberdade frente ao despotismo estatal. Seria admissível, atualmente, conceber-se uma dicotomia em termos de processo penal na mesma intensidade propugnada por Fairén Guillén? Segundo este, o processo penal seria

¹¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I.

¹¹⁴ “Otro poderoso estímulo para la aceptación de la doctrina unitaria, se encuentra en el fenómeno, doble e interdependiente, del desarrollo, relativamente tardío de la ciencia del derecho penal respecto a las ciencias romano-civilistas y de la tendencia de estas últimas disciplinas a imponer en todas las ramas de lo concebible jurídico un tecnicismo jurídico de fondo pancivilista”. GUARNERI, José. *Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal*. Puebla: Jose M. Carica, sem ano. p. 17.

preventivo (*ne peccetur*) ou repressivo (*quia peccatum est*)¹¹⁵. Consubstanciaríamos posturas conciliáveis com o primado das garantias constitucionais em um Estado Democrático?

Assim, justificado o motivo pelo qual se faz necessário o exame da natureza jurídica do processo, a seguir serão tratadas as teorias mais importantes que ao longo dos tempos se sucederam no objetivo de explicar o processo. Como parte do itinerário, imprescindível verificar-se a sua aptidão e adequação relativamente ao processo penal.

1.3.1 O Processo Como Contrato e Quase-Contrato

A idéia de processo como contrato foi desenvolvida principalmente por Pothier¹¹⁶. Pothier foi o principal divulgador da teoria do processo como contrato, inspirando-se em lições dos iluministas¹¹⁷. Evidentemente, a metáfora do contrato, que assumiu importante tarefa de racionalizar o mito fundante da modernidade – a proposta contratualista – foi uma tentativa de explicar a natureza jurídica do processo¹¹⁸.

As partes assumiam, mediante o consentimento, direitos e deveres recíprocos. Como no direito obrigacional, estariam presentes os mesmos elementos da vontade, ensejadores da formação do vínculo. Desta forma, assimila a natureza processual à contratual, entendendo o processo dentro da estrutura e princípios do contrato, afirmando que os vínculos processuais se originam, geralmente, do consentimento das partes que teriam um objeto em comum¹¹⁹, nos mesmos moldes de um compromisso ou arbitragem¹²⁰.

¹¹⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Presente y Futuro del Proceso Penal Español. In *Revista de Derecho Judicial*, 1968. Madrid, n. 33. p. 15.

¹¹⁶ “E Pothier, um dos principais defensores dessa doutrina, colocava o pacto para o processo (*litiscontestatio*) no mesmo plano e com os mesmos raciocínios básicos da doutrina política do contrato social”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 297. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 77.

¹¹⁸ “Estas concepciones privatistas tienen su fuente y explicación en el derecho romano clásico. En ese período de elaboración jurídica donde el proceso civil poco o nada podía ser diferenciado de un contrato entre dos particulares, fácilmente se explica que pudiera estar caracterizado por lo que se conoce por *litis contestatio*: determinación de los puntos de hecho y de derecho que en definitiva resultan sometidos a la decisión *in iudicio*, por obra de la demanda y de la contestación. Esto es lo que ocurrió durante el período romano de las *legis actiones* y también del procedimiento formulario”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal: conceptos fundamentales*. v. I. Buenos Aires: Ediar S. A., 1989. p. 144.

¹¹⁹ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 36. 6 ed. Madrid: Civitas, 2003.

¹²⁰ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 36.

Esta concepção permitia uma fácil adaptação ao mote fundacional da modernidade. Concebia-se como um acordo de vontades próprio do direito privado, o que mais do que explicar, em realidade desnaturava o processo. Fácil traçar objeções a esta perspectiva. De forma sintética, Guasp e Aragonese opõem duas exceções fundamentais à teoria contratual: a primeira delas se encontra vinculada à natureza do surgimento do poder jurisdicional. O órgão do Poder Público que intervém no processo não está ligado em sua atuação pela vontade das partes muito menos sua força nasce da contratualização bilateral, senão da soberania do Estado à cuja organização pública pertence o juiz. A concepção do processo como contrato não sobrevive a este diagnóstico. A difícil explicação do poder jurisdicional e a sua intervenção como contratante não tem o condão de explicar o fundamento deste poder decisório, tendo em vista que o magistrado não age como sujeito de direito privado, nem tampouco utilizando faculdades subjetivas individuais. O papel a ser desempenhado se dá enquanto funcionário público e não como sujeito de direito privado. Este argumento exposto por Guasp e Aragonese parece irrefutável.

A segunda objeção exposta por Guasp e Aragonese consiste na inexistência de consentimento entre as partes, tendo-se em vista que o processo, na maioria das vezes, justamente é a antítese do consentimento. Além de não poder se equiparar o processo ao contrato, mesmo que se admitisse tal possibilidade, à evidência que residiria um problema relativo à formação da vontade das partes. O litígio entre as partes assim, não permitiria a conclusão pela existência de vínculos processuais¹²¹. Assim como a primeira objeção, esta segunda crítica desenvolvida pelos processualistas espanhóis também torna insustentável qualquer espécie de tentativa de salvaguardar a teoria do processo como contrato. Não por outra razão, nas palavras de Wach “el concepto de proceso como negocio jurídico procesal es pues en sí mismo una contradicción”¹²².

A fim de tentar oferecer uma explicação mais plausível para a natureza jurídica do processo e, sabendo-se das críticas tecidas à perspectiva contratualista, também na França¹²³ se desenvolveu uma teoria que tentava manter em pé a idéia de contratualidade,

¹²¹ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios. t. I. p. 37.

¹²² WACH, Adolph. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I. Buenos Aires: Europa-America, 1977. p. 29.

¹²³ “La doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX continuó considerando que el juicio suponía la existencia de una convención entre las partes, en la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo en aceptar la

dando nova roupagem à teoria antecedente. Trata-se da teoria do processo como quase-contrato¹²⁴. O pano de fundo para o desenvolvimento desta concepção de processo partia do direito romano e daquilo que poderia ser entendido como uma visão equivocada da *litiscontestatio*¹²⁵. Chamava-se quase-contrato “porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide”¹²⁶.

Esta teoria parte do brocardo romano do chamado *cuasicontrato de litis contestatio*. Os vínculos processuais nasceriam da vontade unilateral de um sujeito que, com sua conduta, permitiria o estabelecimento de vínculos os mais variados, relativamente a pessoas diversas, mediante a prática de certos atos jurídicos. Há aqui a pretensão de complementar a teoria anterior¹²⁷, afastando algumas incongruências, principalmente no que diz respeito à formação da vontade, considerando-se já não mais o contrato como um mútuo ajustamento entre pessoas que cooperam para um objeto em comum¹²⁸. O quase-contrato seria, então, nos moldes da *litiscontestatio*, uma manifestação da vontade unilateral do autor, implicando efeitos que atingiriam pessoas a priori não participantes de um vínculo em comum.

Como se percebe, a teoria do processo como quase-contrato teria o condão de eliminar a segunda das objeções levantadas contrariamente à tese do processo como contrato, uma vez que não deita suas raízes sobre o consentimento. Entretanto, resta

decisión de su conflicto por el juez”. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Montevideo: Buenos Aires: B de F, 2005. p. 103.

¹²⁴ “Puesto que el proceso no es un contrato ni un delito, pensaron los juristas franceses de aquella época que los vínculos que nacen en el proceso no podían provenir más que del cuasicontrato”. GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso). Madrid: Civitas, 1981. p. 157.

¹²⁵ “Desde la consideración del proceso como un contrato, regulado por las partes a su arbitrio, se llegó a concebirlo como un casicontrato, sobre la base de una interpretación errada de lo que era la *litis contestatio* del proceso romano”. LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *El Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1966. p. 23.

¹²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. p. 78.

¹²⁷ “El efecto más importante de este instituto de la *litis contestatio* consiste en la obtención, en virtud de ella, de una novación del derecho invocado en la demanda por el actor, novación que a su vez se resuelve en otro derecho consistente en conseguir el pronunciamiento de una sentencia sobre la cuestión litigiosa que se presenta así delimitada (Fairén Guillén y Palacio). Este segundo derecho surge como consecuencia de la novación, quedando definitivamente agotado el primero”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal*: conceptos fundamentales. v.1. p. 144.

¹²⁸ “Esa objeción tuvo como base la de advertir que el proceso podía existir en la realidad aun sin que mediara el libre consentimiento de demandante y demandado, y aun contra la voluntad de este último. Advertida esta situación, no podía mantenerse ya la idea del contrato, y dado que la fuente de los derechos y de las obligaciones resuelto en el proceso tampoco podía ser ni un delito ni un cuasidelito (posición nítidamente sustancialista), por simple labor de eliminación los procedimentalistas se aferraron a esta teoría del cuasicontrato”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal*: conceptos fundamentales. v. 1. p. 145-146.

inafastada a primeira das objeções, constituindo-se em uma concepção processual inábil a explicar o fundamento do poder jurídico do magistrado¹²⁹.

Ad argumentadum tantum, restaria ainda outra objeção à teoria do quase-contrato: a de que não apenas o contrato e o quase-contrato seriam fontes de obrigações, mas também a lei, o delito e o quase-delito¹³⁰.

No que diz respeito ao processo penal, ambas as concepções restam inadmissíveis a fim de explicar a sua natureza jurídica¹³¹. As mesmas objeções levantadas pelos processualistas do direito civil servem para refutar as teorias explicitadas. “La finalidad del proceso, sea cual sea el concepto que de ella se tenga, no es de carácter jurídico-negocial, porque al negocio jurídico civil le es esencial la fuerza productora de derecho (derivada del derecho objetivo) de la voluntad individual”¹³². Obviamente, coberto de razão Wach. Não se pode equiparar ao direito processual as mesmas categorias do direito privado. O processo penal, por regular interesses de caráter público, primordialmente as garantias fundamentais que transcendem o interesse individualístico não pode submeter-se a categorias que lhe são estranhas, fomentando uma lógica processual cujo interesse precípua seria de caráter privado.

Além destas teorias não possuírem arsenal teórico apto a ensejar uma compreensão suficientemente complexa do fenômeno processual, os gravames se acentuam se transportados ao processo penal. No entanto, apesar de tais teorias já se consolidarem como praticamente abandonadas no cenário processual torna-se necessária alguma atenção no que se refere à teoria das nulidades.

A natureza jurídica do processo como contrato e principalmente quase-contrato trouxe algumas implicações para o processo penal e para as nulidades. Alguns conceitos próprios da teoria das nulidades assim como elementos que lhe são inerentes têm origem na

¹²⁹ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 37.

¹³⁰ “Otro desacierto de esta tesis, así como de su colega, la teoría del cuasicontrato, consiste en haber olvidado que no sólo el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito son fuentes de las obligaciones; también lo es la ley, principalísimamente, en la especie, la fuente radica en la ley, pues, y no en aquéllos”. GARCÍA RAMIREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. México D. C: Porrúa, 1974. p. 16.

¹³¹ Guarneri utiliza a teoria do quase-contrato para demonstrar o estado de perplexidade do processo penal ante a invasão de conceitos privatísticos afirmando que no setor prático, pois, como resultado da concepção privatística que lhe é conexas, não faltam graves perplexidades. O exemplo saliente teve na dita teoria do quase-contrato judiciário entre as partes expressão que já de per si denuncia a confusão de conceitos que se alcançava. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. vi.

¹³² WACH, Adolph. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I. p. 28.

concepção privatística de processo. Assim, por exemplo, a categoria da anulabilidade, a possibilidade de aplicação dos vícios da vontade à teoria das nulidades remete a uma teoria das nulidades afastada de um processo penal acusatório e democrático.

Como assevera Couture, “una conclusión muy natural de esta actitud sería, por ejemplo, la de que las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos serían aplicables en caso de silencio del derecho procesal positivo”¹³³. Ou seja, não é difícil encontrar na doutrina, mesmo que de forma subliminar, parâmetros próprios da teoria dos vícios da vontade do negócio jurídico. Convalidação e preservação do negócio jurídico são conceitos praticamente transportados para o processo penal sem, contudo, se encontrar críticas que se debrucem sobre este fenômeno de transposição destes elementos que se sobrepõem a esta natureza privatística da teoria das nulidades.

Em resumo, além das teorias do processo como contrato e quase-contrato serem inaptas a fim de explicar a natureza jurídica do processo penal, necessário sublinhar-se que há na teoria das nulidades, os mesmos problemas encontrados na natureza jurídica do processo. Categorias e elementos próprios do direito privado são simplesmente enviados ao processo penal, como se admissível fosse tal transposição.

A seguir, passa-se ao exame da teoria da relação jurídica que é a mais admitida perante os processualistas no Brasil.

1.3.2 Bulow e o Processo Como Relação Jurídica: a aplicabilidade civilística do conceito

A teoria da relação jurídica, originada do pensamento de Oskar von Bulow na obra *Teoria das Exceções Dilatórias e os Pressupostos Processuais* dá início, por assim dizer, à era científica do processo¹³⁴. Sem sombra de dúvidas trata-se da teoria processual que mais angariou discípulos e cuja extensão abarca os mais diversos setores do processo, seja civil ou penal.

¹³³ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 102.

¹³⁴ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*. Madrid: Prensa Castellana, 1968. p. 11. Também no mesmo sentido Cf GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso).

No Brasil, principalmente pela Escola de São Paulo, a relação jurídica é tratada como algo natural, sem que seja preciso invocar-se justificações¹³⁵. A doutrina brasileira em sua grande maioria entende o processo penal como uma relação jurídica¹³⁶. Todavia, consoante será exposto, não se pode adotar tal teoria no processo penal, isto se se quiser manter certa coerência e pressupostos que não sejam tributários de uma filiação à teoria geral do processo. Existem autores que entendem que a criação da teoria da relação jurídica não se deveu a Bulow, mas à anterior formulação de Búlgaro do processo como *actus trium personarum* e também a Bethmann-Holweg que fazia menção à relação jurídica¹³⁷.

Todavia é Guarneri quem consegue melhor explicar não apenas o surgimento, mas a aceitação e difusão da teoria. A teoria da relação jurídica desenvolveu, em boa parte da doutrina, um grande fascínio pela sua ordenação, sistematização e harmonia aparentemente demonstráveis em sua articulação teórica. Entretanto tal unidade não se conseguiu sem uma distorção da realidade, o que demonstra que tal unidade e completude são meramente ilusórias¹³⁸. De fato, dois elementos concorreram fundamentalmente para o fenômeno da expansão da matriz que concebe o processo como relação jurídica. Em primeiro lugar, centra-se sobre um ponto de partida metodológico, na tentativa de o direito se afirmar como uma ciência, o que mais tarde consolidou-se na teoria geral do direito mediante principalmente a obra de Kelsen. Um segundo fator concorreu ainda mais para intensificar a sua aceitação: a própria concepção político-liberal do direito¹³⁹, que encontrava no direito privado as bases científicas dos demais saberes jurídicos. Não por outra circunstância o modelo napoleônico de direito, baseado no *Code Civil* atingiu tamanha notoriedade. Não fossem as condições sociais a lhe emprestar suporte, a teoria relação jurídica jamais adquiriria tal repercussão.

¹³⁵ “A pendência da lide determina entre os sujeitos do processo uma relação de direito que tem o nome de relação processual. É que, instaurado o processo, o órgão jurisdicional e os sujeitos da lide (ou partes) se encontram numa relação particular, antes inexistente, que cria entre eles vínculos juridicamente relevantes e juridicamente disciplinados. Tal relação é unitária, mas sob o aspecto de unidade complexa, que perdura e progride do primeiro ao último ato do processo”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 349.

¹³⁶ Como exemplo, pode-se citar Scarance Fernandes, para quem “a idéia de relação jurídica processual é fecunda. Dá ela caráter unitário ao fenômeno processual. Garante ao réu, mormente na área penal, a condição jurídica de sujeito dotado de direitos processuais”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Prcesso*. p. 19.

¹³⁸ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 04.

¹³⁹ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 05.

A teoria da relação jurídica parte de um pressuposto elementar: o processo é um conjunto de direitos e obrigações que envolvem as três partes necessárias: autor, juiz e réu¹⁴⁰. Nas palavras do próprio Bulow, “el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*¹⁴¹”. O grande mérito desta concepção é desvincular a relação de direito material que envolve as partes e autonomizar a relação jurídico-processual estabelecendo vínculos que se afastam do caráter eminentemente individual do conflito. Com isso a doutrina afirma que se dá o período cientificista do processo, uma que vez que o processo passa a adquirir autonomia e consistência teóricas, desagregadas do forte vínculo substancialista que impregnava as teorias do contrato e quase-contrato, herdadas da tradição pandectística. Mediante este substrato, a relação jurídica passa a desempenhar, como um esquema universal¹⁴², uma “fórmula mágica” (Wietholter¹⁴³), o núcleo lógico do direito, pelo que a sua aplicação à área processual nada mais foi do que um transplante cujo eixo se pode tributar ao marco do direito privado e suas categorias motrizes. Como aponta Gurneri¹⁴⁴, esta teoria migrou do direito privado ao processual civil e posteriormente, aterrissou, paradoxalmente, em território publicístico¹⁴⁵.

Esta relação jurídica é uma relação progressiva que vai envolvendo as partes¹⁴⁶. Ao contrário do caráter privado da relação de direito material, a relação jurídica processual tem notório caráter público. Justifica-se a sua publicidade¹⁴⁷ pela presença da relação entre os

¹⁴⁰ “El contenido de las relaciones jurídicas procesales lo constituyen derechos y deberes de naturaleza procesal, y los hechos-tipo que fundan esos derechos y deberes son sucesos, actos y omisiones procesales”. WACH, Adolph. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I. p. 64.

¹⁴¹ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 01.

¹⁴² Segundo Angioni seria útil conceber o processo como relação jurídica e esta utilidade residiria no fato de que somente assim seria possível dar ao processo uma sistematização rigorosamente científica e apresentá-lo ao olho do estudioso, não mais como uma sucessão e concatenação confusa de atos, obrigações e direitos, mas como um organismo de contornos claros e nitidamente desenhado. ANGIONI, Mauro. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1936. p. 24.

¹⁴³ Cf WIETHOLTER, Rudolf. *Le Formule Magiche della Scienza Giuridica*. Roma-Bari: Laterza, 1975.

¹⁴⁴ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 17-18.

¹⁴⁵ Segundo Marques, Finocchiaro-Aprile, ministro da justiça afirmou, em sua Relazione al Re, no Código de Processo Italiano de 1913, que o primeiro livro contém as normas acerca da constituição da relação processual. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. p. 354.

¹⁴⁶ “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión”. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 02.

¹⁴⁷ “Relación jurídica, entendiendo por tal una relación de carácter público y no privado, ya que los derechos y las obligaciones procesales, cuya existencia trata de poner de relieve esta orientación, se dan entre los

cidadãos e o Estado através das obrigações entre aqueles e os funcionários públicos¹⁴⁸. Aduz Bulow ainda influenciado pela teoria contratualista anteriormente vista, que o contrato de direito público entre as partes e o Estado tão somente se perfectibiliza com a contestação do réu. Com ela o Estado assume a obrigação processual de decidir enquanto as partes assumem uma espécie de obrigação para alcançar uma finalidade comum¹⁴⁹. Guarneri destaca o desacerto da importação de tal conceito para o processo, mormente por que para os romanos, lhes era estranha a idéia de relação jurídica, o que poderia ser demonstrado suficientemente pelo primado das *actios*¹⁵⁰.

Segundo Jiménez Asenjo¹⁵¹, seguindo na esteira da crítica chiovendiana, a teoria do processo como relação jurídica trará as seguintes conseqüências: a) a relação jurídica processual se torna autônoma frente ao conteúdo de direito material; b) é única (unicidade) dada a abstração de todos e cada um dos atos processuais integrantes do processo; c) é pública porque se atua em nome do Estado; d) pressupõe uma ação de conteúdo de direito substantivo e o cumprimento dos pressupostos processuais; e) possui vida própria pois pode em matéria civil suspender e renunciar-se.

Esta relação jurídica se encontra em constante mutação e evolução¹⁵². Com isso Bulow tenta dar um contorno de elasticidade e transformação à teoria da relação jurídica, como que antevendo sua concepção processual como estática. A relação jurídica, todavia, não poderia nascer de plano. Necessário, para a sua configuração processual o

funcionarios del Estado y los ciudadanos”. LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4 ed. Madrid: Prensa Castellana, 1974. p. 09.

¹⁴⁸ “Los derechos y las obligaciones procesales de dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos u desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación pertenece, con toda la evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 02.

¹⁴⁹ “Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otras, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 02.

¹⁵⁰ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polémica Sobre la Actio*. Buenos Aires: EJE, 1974.

¹⁵¹ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*. v. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d. p. 67

¹⁵² “En lugar de considerar al proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento; unilateralidad que tiene su origen en la jurisprudencia romana de la Edad Media y que ha sido favorecida por la concepción germánica del derecho”. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 03.

preenchimento de certos requisitos. Sendo o processo uma relação jurídica, ele se sujeita às mesmas vicissitudes encontradas nas demais relações de direito. O defeito na relação jurídica teria o condão de interromper o nascimento desta, uma vez que faltariam os seus elementos mais básicos: os pressupostos processuais¹⁵³.

Os pressupostos processuais¹⁵⁴ seriam assim: a) uma faculdade jurídica do devedor, que se opõe à ação intentada pelo autor; b) como defesa está sujeita ao ônus da prova a cargo do próprio devedor; c) tão somente admite prova no debate sobre o “fundo processual”; d) sempre origina uma sentença substancial¹⁵⁵. Afirmando a natureza pública dos pressupostos processuais, Bulow acentua que “la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse librada en su totalidad a la disposición de las partes, pues no se trata de un ajuste privado entre los litigantes, sólo influido por intereses individuales”¹⁵⁶. Pelo contrário, trata-se de uma atividade que se realiza sob a égide do Estado, sob a supervisão e ação de seus funcionários públicos, não se podendo deixar ao simples interesse privado das partes.

Como substrato da relação jurídica processual, independentemente da configuração que se lhe dê, a teoria da relação jurídica permite chegar-se a três esquemas diversos: a) existência de direitos e obrigações que envolveriam as partes entre si e o juiz; b) existência de relação apenas entre as partes e o juiz; c) existência de direitos e obrigações apenas entre as partes. Em que pese as diferentes acepções da teoria da relação jurídica, todo o problema reside num vínculo bilateral entre qualquer das partes envolvidas¹⁵⁷. Esta duplicidade de

¹⁵³ “Los derechos de excepción no tienen la naturaleza híbrida, fluctuante entre derecho privado y público, entre derecho material y procesal que hasta ahora se les atribuye generalmente. Todas las excepciones son facultades jurídicas privadas por medio de las que otras facultades jurídicas privadas judicialmente reclamables han encontrado un medio de defensa. Todas se refieren al derecho deducido, a la relación litigiosa material (*la res in iudicium deducta*); ninguna se dirige contra la forma de la demanda, del proceso (*judicium*)”. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 252.

¹⁵⁴ Nas palavras de Angioni, o conceito de relação jurídica processual reclamaria o de pressuposto processual: pressupostos processuais são os antecedentes indispensáveis para que se possa dizer constituída a relação jurídica seja unitariamente seja considerada nas fases em que se decompõe. Para que se possa sustentar a existência de um processo, deve se admitir uma possível decisão do juiz ainda que seja também somente aquela de não poder prover o mérito. ANGIONI, Mauro. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 29.

¹⁵⁵ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 293.

¹⁵⁶ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 293.

¹⁵⁷ “Asociado por la mayoría de la doctrina con la concepción del proceso como relación jurídica, las principales variantes de ésta se han solido representar mediante tres vértices inherentes a ambas partes y al juzgador y que desembocarían en un triángulo, aunque luego sólo en una de ellas – eso sí, la predominante – la figura se cierre por los tres lados que conectan a los contendientes ente sí y a la vez con el órgano

vínculos é que constituiu toda a inovação trazida por Bulow e, com certeza, nessa característica de poder concentrar direitos e obrigações processuais desvinculados da matéria de fundo consistiu o mérito da teoria da relação jurídica¹⁵⁸.

As conclusões a que chega De Marsico são estas: a relação jurídica processual é autônoma, pois tem seu fundamento em um princípio jurídico diverso da norma que terá sua aplicação no momento decisório; complexa, pois a relação jurídica é composta de inúmeras relações jurídicas que se vão desenvolvendo; progressiva, já que é possível dividi-la em seu nascedouro, desenvolvimento e extinção; subordinada à existência de algumas condições (pressupostos processuais); caracterizada pela presença de um juiz, no sentido de possibilitar a formação da coisa julgada; gradual, ao se vislumbrar os diversos graus de jurisdição na relação jurídica (juiz singular e demais tribunais)¹⁵⁹.

O conceito de relação jurídica demonstra a pregnância de uma cultura jurídica que se nutre da pandectística: “la nozione di rapporto giuridico como correlazione di diritto ed obbligo costituisce una delle più tipiche acquisizioni della dottrina di ispirazione pandettistica”¹⁶⁰. Esta inadequação da pandectística para dar conta de fenômenos que ganham em complexidade, com o advento do Estado moderno é patente¹⁶¹. Assim é que se desenvolve uma teoria do processo tendo como pano de fundo atos processuais que se desenvolvem na mesma direção dos negócios jurídicos de direito privado¹⁶²: “o monumento pandectista oitocentescos culmina numa teoria dos factos, e dos acontecimentos: a ‘relação

jurisdiccional”. ALCALA ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1980. p. 30.

¹⁵⁸ “El proceso encierra sustancialmente derechos y obligaciones recíprocos entre diversos sujetos. Ahora bien, la correlación o reciprocidad de los derechos y obligaciones es precisamente la característica de la figura que se designa con el nombre de relación jurídica en la teoría general del derecho. El proceso es, pues, en definitiva, una relación jurídica”. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 37.

¹⁵⁹ DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. Napoles: Eugenio Jovene, 1966. p. 29-30.

¹⁶⁰ “A noção de relação jurídica como correlação de direito e obrigação constitui uma das mais típicas aquisições da doutrina de inspiração pandectística (tradução nossa)” CORDERO, Franco. *Le Situazione Soggettive nel Processo Penale*. Torino: Giappichelli, 1956. p. 15.

¹⁶¹ Como aponta Cordero, no quadro cultural da organização conceitual pandectística, a teoria de Bulow representa uma posição de vanguarda, dentro de limites construtivos imantados em instrumentos dogmáticos cuja inadequação é fácil para o jurista perceber. CORDERO, Franco. *Le Situazione Soggettive nel Processo Penale*. p. 18.

¹⁶² Nas palavras de Cordero parece extremamente fácil construir os atos processuais como comportamentos de tipo negocial que ‘constituem, modificam e extinguem a relação jurídica’, compondo um quadro inspirado em uma simetria perfeita. CORDERO, Franco. *Le Situazione Soggettive nel Processo Penale*. p. 24.

jurídica’ sofre as constitutivas, extintivas, translativas, ‘aliadas a determinados acontecimentos, como as conseqüências juridicamente definidas’¹⁶³.

Esta relação jurídica que nasce, se modifica e se extingue, permite a Bulow criar o vínculo necessário para que ganhe força a desvinculação da relação processual daquela de direito material. Peça ineliminável nessa trama é o papel de juiz e a sua obrigação de decidir, uma vez presentes os pressupostos da relação¹⁶⁴. Esta relação jurídica conformada pela natureza de direito público judiciário seria idêntica àquela de direito público administrativo que se desenvolve entre o Estado e o administrado, isto é, uma relação entre os súditos e o Estado, escancarando-se uma prevalência do público sobre os direitos individuais¹⁶⁵. Um dos principais pontos em destaque, ao se cogitar o seu transporte para o processo penal é a justificação da relação como vínculo entre dois agentes do Estado. Como assinala Guarneri, parece inadmissível a existência de relações propriamente jurídicas entre os órgãos do poder judiciário e aqueles órgãos do poder executivo¹⁶⁶.

Analisando-se a relação jurídica sob o prisma do direito processual penal, evidentemente se amoldará e encaixará nas mais totalitárias formas de sistema punitivo. Em primeiro lugar, não é à toa que Manzini a escolherá como a teoria que melhor explicará o processo penal¹⁶⁷. E aqui muito importante é a concepção que o processualista italiano detém do processo penal: trata-se, para ele, de um processo “*a parte unica*”, que surge na relação entre Ministério Público e juiz, não produzindo efeitos alguns sobre o imputado¹⁶⁸. Nas palavras de Guarneri, a expressão processo a parte única seria uma *contradictio in adiecto*, já que o conceito de parte justamente pressupõe outra a fim de formar o inteiro.

¹⁶³ CORDERO, Franco. Direito. In *Enciclopédia Einaudi*. v.39. Lisboa: Casa da Moeda, 1999. p. 82.

¹⁶⁴ De acordo com o pensamento de Cordero, a teoria da relação jurídica concebe o processo como uma correlação de duas posições sobre as quais a doutrina pandectística individualizou os elementos de sua estrutura: os direitos das partes a uma sentença justa e a simétrica obrigação jurídica do juiz. As situações na presença das quais surge a obrigação judicial são recompreendidas na categoria dos pressupostos processuais. CORDERO, Franco. *Le Situazione Soggettive nel Processo Penale*. p. 17.

¹⁶⁵ ROCCO, Arturo. *La Riparazione Alle Vitime Degli Errore Giudiziari*. Napoli: Nicola Jovene, 1906. p. 100.

¹⁶⁶ O pensador italiano está se referindo, logicamente, à posição assumida pelo Ministério Público. Em que pese o Ministério Público, após a Constituição da República de 1988 no Brasil não se enquadrar como membro do Poder Executivo, não resta dúvidas de que é um agente estatal, o que não invalida a crítica detectada. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 48.

¹⁶⁷ “La relación jurídico-procesal penal es la particular situación recíproca, regulada por el derecho, en que vienen a encontrarse, a consecuencia del ejercicio de sus facultades o del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, los sujetos competentes o autorizados para hacer valer su propia voluntad en el proceso penal en relación a la acción penal o a otra cuestión de competencia del juez penal”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 112.

¹⁶⁸ Cf MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 49 e ss.

Diversamente, seria inconcebível¹⁶⁹. De acordo com Guarneri, a própria expressão relação jurídica é equívoca e incerta, não sendo menos vaga do que a noção de negócio jurídico da qual constitui um gênero¹⁷⁰.

Apesar desta advertência preliminar que já destacaria nítidos problemas de caráter político da teoria da relação jurídica, a sua sustentação, no Brasil, não apenas ignora tais circunstâncias como ainda faz questão de acentuar um caráter (pseudo)democrático. Preceitua Frederico Marques que “no tocante ao processo penal, pode-se dizer que a relação processual penal é a redução a categorias jurídicas dos princípios políticos que informam o sistema acusatório”¹⁷¹. Não pode ser levada a sério tal conclusão. Evidentemente, a teoria da relação jurídica serviu de aparato epistêmico para que fossem mantidas estruturas absolutamente antidemocráticas de manifestação do poder penal. Basta aqui a menção ao pensamento de Manzini. Sua pretensão de instrumento neutro ou ainda, dotada de inspiração democrática divulgou-se como uma característica inarredável, o que é falso, consoante demonstrou Guarneri.

O caráter abstrato¹⁷², desvinculado de qualquer pretensão material permite facilmente a esta teoria se incorporar às mais diferentes funções a serem atribuídas ao processo¹⁷³. Desta maneira também encontrará em Rocco um importante defensor, depositando sua convicção de que o processo é uma relação jurídica. Para o pensador italiano, a relação ou vínculo processual penal seria uma relação de direito formal - por isso diversa e independente - daquela relação jurídica material constitutiva do objeto do processo¹⁷⁴.

¹⁶⁹ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 51.

¹⁷⁰ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. . p. 61.

¹⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. p. 353.

¹⁷² Tal caráter abstrato é perfeitamente demonstrável a partir da posição de Manzini, que sequer dá crédito à concepção teórica processual, uma vez que para o autor o que importa é o direito positivo, relegando o papel da doutrina e das instituições jurídicas a meros acessórios do poder regulativo estatal: “No hay que se exagerar por lo demás la importancia del concepto de ‘relación jurídica procesal’. Esta sirve, sobre todo, como criterio sistemático, mientras que respecto del derecho positivo, esto es, del único derecho existente, tal criterio no tiene ninguna notable influencia, puesto que, cualquiera que sea la doctrina general que se prefiera, las normas siguen siendo lo que son”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 114.

¹⁷³ De Marsico sustenta a teoria da relação jurídica entendendo-a desta forma não por que presentes em potência ou em atos duas ou mais aspirações normalmente contrastantes ou expectativas jurídicas coincidentes concedidas às partes a serviço das respectivas aspirações, mas por que as situações jurídicas das partes são governadas pela lei em cada momento processual. DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 29.

¹⁷⁴ ROCCO, Arturo. *La Riparazione Alle Vittime Degli Errore Giudiziari*. p. 102.

Aqui é possível verificar-se a fundamentação do objeto do processo como sendo uma pretensão punitiva¹⁷⁵, que somente poderia ter vindo à luz a partir da teoria da relação jurídica¹⁷⁶. De um lado, o direito objetivo/subjetivo do Estado em punir; de outro, o dever do acusado em se submeter ao processo¹⁷⁷. A isto também se somaria a relação entre direito/dever das partes perante o juiz na prolação da sentença. Para Leone, é possível chegar-se às seguintes conclusões: a) o processo penal é uma relação jurídica; b) a relação jurídica é representada pelo direito subjetivo (público) de exigência do juiz de uma decisão; b) direito potestativo do Ministério Público de pôr em movimento a vontade da lei e de sujeitar o acusado ao processo¹⁷⁸.

Aqui uma vez mais, é forçoso um retorno a Manzini. Alicerçado na teoria da relação jurídica, Manzini advoga a existência de uma pretensão punitiva como sendo a finalidade principal do processo penal¹⁷⁹. Com efeito, se por um lado Rocco¹⁸⁰ afirma a existência de um direito subjetivo de punir estatal, que surge com o descumprimento do dever de obediência do súdito em relação ao Estado, por outro Manzini se encarrega de processualmente fazer valer o conceito. Nesse sentido, o interesse prevalente no processo penal será “el de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable, no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpado”¹⁸¹. Mais

¹⁷⁵ Taormina desconfia de tal caráter afirmando que a instauração de uma relação jurídica entre Estado e réu como efeito da violação à norma penal seria injustificável também pela não configurabilidade de um direito subjetivo à aplicação da sanção penal. TAORMINA, Carlo. *L'Essenzialità del Procedimento Penale*. Napoli: Jovene, 1974. p. 54.

¹⁷⁶ Segundo Guarneri não seria um mistério para ninguém que se deva à teoria iluminística a primeira formulação do conceito de pretensão punitiva, uma das variantes do conceito genérico de pretensão jurídica, elevado a conceito-chave no fim do século transcorrido, quando se tentou entender todo o mundo do direito sob o perfil da relação jurídica. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 68.

¹⁷⁷ Para Leone seria possível afirmar-se que o processo realiza a relação jurídica quando se demonstra que existe um enquadramento na situação correspondente ao direito subjetivo de uma parte e à obrigação ou dever jurídico da outra. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1951. p. 39.

¹⁷⁸ LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. p. 41.

¹⁷⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 247.

¹⁸⁰ “Derecho subjetivo de punir (*ius puniendi*) es ‘la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal objetivo) que garantizan el alcance de su objeto punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas’”. ROCCO, Arturo. Sobre el Derecho Subjetivo de Punir. In ROCCO, Arturo. *Cinco Estudios Sobre Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. p. 17. Também Rocco em outro trabalho: “Derecho subjetivo de punir que constituye al mismo tiempo para el mismo Estado un deber jurídico de punir”. ROCCO, Arturo. *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005. p.25.

¹⁸¹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 250.

adiante segue Manzini destacando que “el proceso penal se presenta como un medio principalmente dirigido a hacer posible el castigo del culpable, o sea, a realizar la pretensión punitiva del Estado”¹⁸². Essa pretensão punitiva que se imbrica na teoria da relação jurídica faz parte de uma transposição do pensamento de Binding¹⁸³ para a sede do processo penal. Deve-se destacar que a relação jurídica, para Carnelutti, em seu *Sistema de Derecho Processual Civil*, é a “expressão da composição de um conflito por meio do Direito, ou em outras palavras, um conflito de interesses regulado pelo Direito”¹⁸⁴, o que permite evidenciar-se a conexão entre pretensão e relação jurídica.

A transposição do conceito de relação jurídica para o processo penal oferece uma série de inconvenientes. Afirma Schmidt que “su procedencia del ámbito del pensamiento jurídico material resulta una muy mala recomendación respecto de su aplicación a los fenómenos procesales y, sobre todo, al proceso penal como totalidad”¹⁸⁵.

Em primeiro lugar pela inexistência de direitos e obrigações processuais propriamente ditos, como será demonstrado por Goldschmidt em sua crítica à teoria da relação jurídica. Uma segunda objeção a ser levantada contra a teoria da relação jurídica é a inexistência de um dever judicial de julgar, de caráter processual: a proibição do *non liquet*, cuja desconsideração por Bulow jamais teve caráter endoprocessual. Contemporaneamente, o princípio da inafastabilidade do controle judiciário é um princípio jurisdicional constitucional, sedimentado entre as garantias fundamentais¹⁸⁶. A proibição de denegação de justiça, de acordo com o art. 4º do *Code de 1804* era norma de caráter material, jamais processual. Como antevira Goldschmidt, o dever de julgar se insere em âmbito constitucional, antecedendo inclusive a propalada relação jurídica processual¹⁸⁷.

¹⁸² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 252.

¹⁸³ Cf GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Também neste sentido Guarneri afirma que Binding chegou ao ponto de importar para o terreno penalístico conceitos resgatados do direito privado, como aqueles de cessão, novação, obrigação natural. Nesta ordem de idéias a pretensão punitiva se apresentava como o direito pertencente ao Estado para a realização do direito penal. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 120.

¹⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Processual Civil*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 75-76.

¹⁸⁵ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 38.

¹⁸⁶ Nesse mesmo sentido Guarneri atesta que o dever judicial de julgar é de índole constitucional e se dirige consequentemente contra o Estado e só indiretamente como reflexo se direciona às partes. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 33.

¹⁸⁷ “Pero sea cualquiera la manera particular de concebir la teoría, cabe siempre esgrimir dos objeciones contra ella. En primer lugar, que no hay realmente verdaderos derechos y obligaciones procesales. En segundo lugar, que los derechos y obligaciones procesales, aunque existan, por el hecho de ser múltiples,

Adende-se que Bulow não concebe a relação processual fora do âmbito do Poder Judiciário. O seu caráter público demanda certa iniciativa do próprio juiz, uma vez que o conteúdo da relação jurídica não deve ficar à mercê das atividades exclusivas das partes¹⁸⁸. O resultado, na construção do processo penal voltado à teoria da relação jurídica a lhe oferecer estrutura e suporte é a difusão de uma concepção de processo amparada no modelo inquisitorial, dotando o juiz de poderes não apenas decisórios, mas instrutórios.

Na dimensão do sistema inquisitorial, o juiz deverá zelar pela boa condução do processo: avesso ao princípio dispositivo e principalmente, controlador das regras do jogo a serem seguidas.

Ao contrário do modelo crítico que lhe solapou as bases de sustentação – a teoria da situação jurídica – a teoria da relação jurídica permite adaptar-se aos mais diversos graus de autoritarismo. Assim, a seguir será examinada a obra de Goldschmidt, a fim de se poder traçar os contornos de uma teoria do processo penal democrática.

1.3.3 Goldschmidt e a Situação Jurídica: incorporando a complexidade ao processo penal – refutação de conceitos civilísticos e assunção de uma teoria do processo penal

James Goldschmidt, em sua obra *Prozess als Rechtslage* é o primeiro processualista a desconfiar da estrutura da teoria da relação jurídica de Bulow, desmontando seus elementos e propondo nova concepção de processo em seu lugar. Nasce assim a teoria do processo como situação jurídica, o que rendeu inúmeras polêmicas bem como outras tantas incompreensões.

Antes mesmo de ingressar no terreno da teoria da situação jurídica é preciso ressaltar que para Goldschmidt, o direito é um produto cultural¹⁸⁹. Goldschmidt partirá de

exigen la formulación de un concepto superior que los sintetice y que sirva para designar la unidad procesal. La primera de estas objeciones da lugar a la teoría de la situación jurídica procesal, la segunda, a la teoría de la institución jurídica procesal”. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 38.

¹⁸⁸ “La constitución de la relación procesal no le lleva a cabo fuera del tribunal, como la sustancial, sino ante él y con su importante colaboración; de consiguiente, la relación procesal cuida, por sí misma, en su constitución, un factor que debe conducir a no abandonar todo a la iniciativa del demandado. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesuales*. p. 293-294.

¹⁸⁹ Para Goldschmidt o direito seria o complexo de normas sociais atributivas ou o complexo das normas gerais e invioláveis produto da cultura de uma comunidade e inspirado na idéia de justiça. GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. Padova: CEDAM, 1950. p. 11.

uma dúplice natureza da norma jurídica, o que de fato remonta a teoria dos imperativos. Por um lado destinam-se aos cidadãos, de outro, destinam-se a orientar a decisão do magistrado. A concepção dinâmica do processo se vale da segunda espécie de normas¹⁹⁰: as normas são declarações de uma atividade hipotética do juiz, isto é, promessas de proteção jurídica¹⁹¹.

No que diz respeito ao processo, Goldschmidt entende se tratar de uma atividade que tem por objetivo a perseguir a formação da coisa julgada. Para conseguir esse intento, no processo se desenvolve uma série de situações jurídicas que ao nascer darão origem a possibilidades distribuídas em atos processuais cuja realização ou não ficará a cargo das partes, podendo aproveitá-las ou perdê-las. Trata-se de uma concepção de processo que abandona a pseudocerteza jungida a um recorte abstrato da realidade processual protagonizada pela teoria da relação jurídica. Goldschmidt passa a se preocupar com o estado de incerteza¹⁹² trazido pelo processo, com isso se aproximando o bastante da prática judiciária¹⁹³. Nesse sentido, o conceito de situação jurídica é essencialmente processual¹⁹⁴.

Para se chegar à sentença¹⁹⁵, ato que encerra o processo, as partes debatem, trazem provas, requerem outras tantas e enfim, travam uma batalha que consolida o processo como atividade agonística e dialética¹⁹⁶. O primeiro passo para se projetar uma concepção adversarial de processo é a renúncia à principal característica da teoria da relação jurídica. Como vislumbrado no tópico precedente, é possível sintetizar que a teoria da relação jurídica se caracterizava basicamente por agregar, no seio da relação processual, um conjunto de direitos e obrigações entre as partes, incluindo-se os deveres e direitos do

¹⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 43.

¹⁹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 108.

¹⁹² “Antes de la citación de las partes para sentencia no puede predecirse si la expectativa cercana y cierta del actor, de que se dicte una sentencia adecuada al estado del pleito, lo es, al mismo tiempo, de que recaiga una sentencia favorable”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 52.

¹⁹³ Segundo Guarneri Goldschmidt teve o mérito de ter desmantelado passo a passo o complicado conceito de relação jurídica, com a demonstração de inconsistência lógica e esterelidade prática. Ele esclareceu os efeitos da autonomia do processo em relação ao direito substancial e da desnecessidade da relação jurídica quando o mesmo objetivo pudesse ser conseguido ainda mais facilmente segundo outras vias. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 83.

¹⁹⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 56.

¹⁹⁵ Para Goldschmidt uma vez que a sentença é precedida do próprio processo - que é uma luta pelo direito - as expectativas de uma sentença favorável dependem geralmente de um ato anterior da parte interessada e da sorte deste ato. Viceversa, as perspectivas de uma sentença desfavorável dependem sempre da omissão de tal ato processual da parte interessada. GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 109.

¹⁹⁶ Segundo Cordero no ritual acusatório o processo é aventura agonística na qual o imputado joga suas chances. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 47.

magistrado. Não apenas a pretensão punitiva aparece como um acessório consolidado e imbricado na teoria da relação jurídica. Mas também o conjunto de direitos e deveres processuais, em especial no que se refere à atividade jurisdicional e à colheita da prova demonstra a necessidade de certas reservas quanto à teoria de Bulow.

Ingressando no cerne da importância relativa ao processo penal, a teoria da situação jurídica permite e dá suporte teórico para a construção de um processo penal nos moldes do sistema adversarial. Sem a atuação onipresente do magistrado, herança da teoria da relação jurídica e cuja predileção pelo sustentáculo de um sistema criminal fundado sobre alicerces da ideologia da defesa social é notória, Goldschmidt percebe a importância da dialética processual. E dentro de tal perspectiva fica fácil vislumbrar a maior adequação da teoria da situação jurídica aos moldes de um regime democrático. As críticas de Calamandrei, de que a teoria da situação jurídica não sobreviveria a um regime inquisitorial, ao contrário do que parece sustentar o processualista italiano não é um defeito. Todo o contrário. É justamente esta inadequação, esta repulsa em relação ao princípio inquisitivo que permite a construção da teoria da situação jurídica como própria de um regime democrático.

Goldschmidt abdicara de uma montagem tradicional, operando com os mesmos conceitos pandectísticos, vinculados na tradição ocidental, ao direito privado¹⁹⁷. Ao contrário de direitos subjetivos¹⁹⁸, no processo existirão chances processuais¹⁹⁹, as quais se aproveitadas poderão conduzir a uma expectativa de sentença favorável. Em caso negativo, a perda de uma chance processual poderá conduzir à perspectiva de uma decisão

¹⁹⁷ “Como antecedente remoto, probablemente el más significativo está constituido no tanto por el fenómeno del proceso penal privado en Roma, imbuido de rasgos civilistas, que aún encontramos en ordenamientos de nuestros días”. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*. p. 06.

¹⁹⁸ Para Goldschmidt o direito subjetivo processual é essencialmente diverso daquele material. Não é um poder emanado de uma norma, mas somente um benefício. O titular de um direito processual não é dono de um imperativo jurídico, mas de uma situação jurídica. Por isto o termo direito subjetivo não se presta para designar o fenómeno processual. GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 109.

¹⁹⁹ “La expectativa de una ventaja procesal y, en último término, de una sentencia favorable, la dispensa de una carga procesal y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen los derechos en el sentido procesal de la palabra. En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones de podrían denominarse con la palabra francesa: *chances*. Las tres clases de derechos procesales que se han establecido corresponden a las tres especies de derechos materiales que suelen distinguirse. Las expectativas de una ventaja procesal pueden compararse con los derechos relativos, porque hay por parte del juez vinculación de satisfacerlas; las dispensas de cargas procesales se parecen a los derechos absolutos en que ponen a salvo la libertad de la parte interesada contra cualquier perjuicio; por último, las posibilidades de actuar con éxito en el proceso se corresponden totalmente con los derechos potestativos o constitutivos”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 53.

desfavorável²⁰⁰. No processo existirão atos processuais que se atrelam à carga da prova. Isto é, determinados atos processuais devem ser praticados para que se consiga influenciar psiquicamente o juiz ou então, para que se possa livrar de uma carga que pairava sobre o sujeito²⁰¹. A dinâmica processual que se dá sempre tendo em vista a sentença²⁰² é uma constante transformação e mutação de cargas processuais²⁰³. Com isso chega-se facilmente ao conceito de situação jurídica: “estado de una persona con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes”²⁰⁴.

Estes “direitos processuais” das partes se encontram como que suspensos relativamente à decisão judicial. Não se trata de uma relação finalística, como daria a entender os críticos da teoria da situação jurídica que acusaram Goldschmidt de irracionalismo, ceticismo e de uma concepção individualista de processo. As situações jurídicas não constituem meios para um fim. São, nas palavras de Goldschmidt, “objetos sustantivos de la valoración”²⁰⁵.

Desta forma, os direitos processuais não possuem relação alguma com o dever no sentido bulowiano²⁰⁶. Não se confundem com os direitos materiais²⁰⁷. Por esta razão, não podem ser lesionados no sentido estrito do termo²⁰⁸: “del hecho que el juez ha frustrado una expectativa, no se deducen otras consecuencias que aquellas que se derivan del error del

²⁰⁰ “Al ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan, más bien, situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia que se espera con arreglo a las normas jurídicas”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 94.

²⁰¹ “Al contrario, las perspectivas de una sentencia desfavorable dependen siempre de la omisión de un tal acto procesal de la parte interesada”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 51.

²⁰² Goldschmidt afirma que as situações processuais que constituem as suas consequências típicas são estados de espera tendo em vista uma sentença futura e não são outra coisa que prognósticos jurídicos de uma causalidade que não terminará na sentença, uma vez que somente esta e a sua execução, vale dizer, a consequência judiciária, compõem a função definitiva de consequência jurídica. GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 115.

²⁰³ “La vigencia del derecho, es decir, su posibilidad de prevalecer, se funda en la fuerza psíquica de la expectativa de que las promesas o amenazas de una sentencia de contenido determinado, resultantes de la naturaleza del derecho como medida del juez, lleguen a realizarse”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 50.

²⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 78.

²⁰⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 65.

²⁰⁶ “A diferencia de los derechos materiales, los derechos procesales no suponen nunca ni un ‘deber’ de otros ni una ‘facultad’ de titular”. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Labor, 1936. p. 195.

²⁰⁷ Aponta De Luca que no fundo a contraposição entre direito material e o processo é baseada no fato de que enquanto o desenvolvimento do fenômeno de direito material é regulado pela causalidade jurídica, o processo e o fenômeno processual em geral aparecem despidos de qualquer vínculo causal. DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale: carcerazione preventiva*. Padova: CEDAM, 1953. p. 26.

²⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 66.

juez, a saber, la nulidad o impugnabilidad del acto judicial”²⁰⁹. A carga processual surge como una verdadera antítese em relação ao dever. Dá-se como uma necessidade de se evitar um prejuízo processual, que em última instância proporcionará no futuro uma sentença desfavorável. A prática de um ato processual visa à evitação deste prejuízo. “Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad”²¹⁰.

Ocorre, assim, uma relação bastante estreita entre cargas processuais e possibilidades²¹¹. Isto porque cada possibilidade imporá à própria parte a carga de aproveitá-lo convenientemente, ao revés de perder a chance com a inexecução do ato ou até mesmo a sua prática de forma insatisfatória²¹². Como diria Goldschmidt, “la ocasión obliga o, más bien, impone una carga, y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión”²¹³. Neste sentido é que ganhará corpo a idéia do processo e da distribuição de riscos endógenos: “senonchè, in tanto il processo è un rischio, in quanto l’esito è pur sempre incerto”²¹⁴.

A concepção agonística de processo desenvolvida por Goldschmidt permite o desenvolvimento de uma estrutura altamente receptiva ao princípio dispositivo. No entanto esta mesma estrutura imporá às partes a carga de uma atividade, mesmo que se não possa atribuir *a priori*, uma determinada eficácia ao ato a ser praticado²¹⁵.

O conteúdo de uma carga é uma atuação da parte²¹⁶. E como diria Guasp, trata-se de uma categoria abundante na dinâmica processual²¹⁷. No entanto, o mesmo Guasp não a

²⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 66.

²¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 82.

²¹¹ “El ‘derecho’ procesal expresa que alguien tiene la ‘posibilidad’ de ejecutar un acto procesal, o que está exento de la necesidad de ejecutar un acto determinado (carga procesal). Pero las ‘posibilidades’ para ejecutar los pasos procesales determinados resultan de lo que el derecho procesal ‘admita’ en ese aspecto”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 50.

²¹² GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 84.

²¹³ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 84.

²¹⁴ DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale: la carcerazione preventiva*. p. 27. Cf LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Constitucional e sua Conformidade Constitucional*. v. I.

²¹⁵ “En cambio, la perspectiva de un perjuicio procesal, sobre todo de una sentencia desfavorable, depende siempre de que la parte interesada no se ha desembarazado de una carga procesal, a saber: que según el principio de contradicción o de la audiencia bilateral, no puede dictarse un fallo desfavorable antes de que la parte tenga la posibilidad de ser oída”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 86.

²¹⁶ “La esencia del proceso como lucha de las partes y el peligro en que, por lo mismo, se encuentra su situación jurídica, imponen a ellas la carga de una actividad, aun cuando el acto requerido no prometa una ventaja con certidumbre bastante, es decir, aun cuando no sea el aprovechamiento de una posibilidad procesal”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 85.

concebe como um direito autônomo. Para o processualista espanhol reduzindo-se as possibilidades e a riqueza do conceito de Goldschmidt, carga é tão somente a consideração de um resultado prejudicial pela inexecução de um direito subjetivo²¹⁸. Estaria ligada assim, aos direitos e deveres processuais, resgatando a velha problemática surgida com a teoria da relação jurídica, ao sistematizar um conjunto de relação simétricas e bilaterais no processo. A razão está com Goldschmidt. Se por um lado não se pode falar de carga a não ser relacionada a uma determinada situação jurídica, não se pode atribuir à carga uma natureza jurídica que a assemelha a uma espécie de sanção positiva ou negativa, de acordo com o seu reconhecimento como um prêmio ou uma pena. Os atos processuais devem ser perspectivados sob a luz da sentença, não considerados como fins em si mesmos, é possível concluir-se.

Às vezes, a proteção de um interesse da parte pode inclusive exigir uma omissão²¹⁹, a fim de se tentar evitar algumas decisões ou inclusive objetivando-se evitar a discussão sobre determinado aspecto da questão de fundo²²⁰. O direito ao silêncio, no processo penal, representa justamente esta concepção de processo em que as partes não estão obrigadas à cooperação (que remonta a *litiscontestatio* e sua quase-contratualidade). Ao contrário da teoria da relação jurídica, cujos deveres originarão uma espécie de princípio inquisitivo *rei tenetur se detegere*, a omissão de um ato é permitida numa estrutura liberal e dialética do processo como a desenvolvida por Goldschmidt. A operação endoprocessual que cultiva direitos e deveres como duas faces de uma mesma moeda autorizará o juiz a agir como um sancionador das situações jurídicas que se desenrolam. A fim de se autorizar a fundação de um princípio dispositivo, núcleo do sistema acusatório, o magistrado deveria abster-se da gestão das cargas processuais, deixando a cargo das partes a sua execução proveitosa.

²¹⁷ “La carga, que puede definirse como la subordinación de un interés del titular a otro interés del propio titular, es una de las figuras más abundantes en el proceso”. GUASP. Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 38.

²¹⁸ “La carga es meramente la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo, es el mismo derecho subjetivo *sub specie* de dicho resultado. GUASP. Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 38.

²¹⁹ “En la misma forma debe mirarse el derecho procesal cuando una de las partes está exenta de una carga procesal. El acusado no está obligado a declarar sobre los hechos (el llamado ‘derecho al silencio’). Ello importa, procesalmente, que el acusado con su silencio se procura una situación que posiblemente proporciona fundamento a la esperanza de que el hecho no se pruebe y, por consiguiente, funda la perspectiva de la sentencia absolutoria deseada por el acusado”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 51.

²²⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 86.

Guasp desnatura o próprio sentido de carga processual outorgado por Goldschmidt, daí por que a sua releitura mais se aproxima da teoria da relação jurídica do que mantém viva a estrutura dialética arquitetada por Goldschmidt.

Do lado das cargas surgem as expectativas, que podem ser consideradas “esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno propio, y se presentan rara vez en el desenvolvimiento normal del proceso”²²¹. Como aponta Lopes Júnior, “as expectativas de uma sentença favorável irão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela *parte* interessada (liberação de cargas)”²²².

Todo ato processual criará uma situação jurídica (ao contrário das críticas desarrazoadas tecidas por certos doutrinadores que afirmariam equivocadamente a existência de uma única situação jurídica) a qual será examinada pelas partes e avaliada quanto à oportunidade de realização do ato. Estas situações se transformarão continuamente e constituem de per si tão somente pontos de transição e que não possuirão significação independente, até o momento em que a sentença definitiviza a situação²²³. Novamente, nas palavras de Lopes Júnior, “diante de uma chance, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa) ou não liberar-se, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva)”²²⁴.

Este panorama da situação jurídica é incrementado pela constante mudança dos estados de perspectivas ou expectativas conforme os atos processuais sejam praticados. Nesse sentido que se pode falar de um “‘estado de expectativa’ en que se encuentran permanentemente los actos de las partes ‘tendientes a la obtención de la conducta judicial y, en definitiva, tendientes a la sentencia judicial favorable’”²²⁵. A teoria da relação jurídica, ao desconsiderar tal dinâmica permitiu o desenvolvimento da chamada teoria geral do processo, que acabou por tornar o direito processual penal um resquício, um resíduo da

²²¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 191.

²²² LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 61.

²²³ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 40.

²²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 61.

²²⁵ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 41.

teoria geral do processo civil²²⁶. Como adverte Beling, o processo é atividade e não relação²²⁷.

Um dos principais fatores desta comistão de conceitos se encontra justamente no tratamento das cargas no âmbito do processo penal na mesma racionalidade do direito processual civil²²⁸. Outro ponto que será enfocado mais adiante reside na teoria das nulidades e a subserviência a categorias específicas do direito privado, ornamentadas pela pandectística e que foram adaptadas ao processo penal.

Retornando-se ao panorama da teoria da situação jurídica, para se chegar a uma sentença favorável o sujeito processual deve, ao aproveitar as chances processuais, desincumbir-se de uma carga que lhe recaía ou então, proceder de tal maneira que esta carga seja imputada agora sobre o antagonista²²⁹. A produção probatória por excelência tem o condão de modificar constantemente esta possível previsão de sentença, uma vez que os sujeitos processuais intensamente argumentam, trocam informações, descartam, trabalham sobre a prova da maneira que lhe possa trazer o maior número de vantagens processuais. O que unirá os sujeitos no processo não é um conjunto de direitos e obrigações recíprocos, mas este verdadeiro caleidoscópio em que as perspectivas e expectativas determinam o rumo da atividade²³⁰. Tudo dependerá, assim, das possibilidades, oportunidades e ocasiões processuais para a prática de algum ato²³¹.

Ao contrário de um processo marcado por ônus das partes, o que ocorre para Goldschmidt é a presença da carga probatória. Não há obrigações das partes. Não se pode falar em ônus da prova tendo-se em vista que as partes agem não por um “dever processual de colaboração”, fundamento até certo ponto ingênuo proposto por Bulow para caracterizar

²²⁶ “Advertimos que, assim como a Teoria Geral do Processo fez importantes contribuições para o esclarecimento científico das instituições processuais, também, é certo que ocultou muitos problemas quando procurou uniformizar excessivamente os conceitos relativos ao processo”. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. p. 14.

²²⁷ BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: DIN, 2000. p. 76.

²²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). p. 62.

²²⁹ “Ahora bien, la parte que se encuentra en situación de proporcionarse mediante un acto una ventaja procesal, y, en definitiva, una sentencia favorable, tiene una posibilidad u ocasión procesal”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 51.

²³⁰ “Los nexos jurídicos de los individuos que se constituyen correlativamente, son expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable. Pero a la sentencia precede el proceso, y como es una lucha por el derecho, las expectativas de una sentencia favorable dependen regularmente de un acto procesal anterior de la parte interesada, que se ve coronado por el éxito”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 51.

²³¹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 109.

os deveres das partes processuais. Estas obrigações processuais de vínculo demasiadamente fraco teriam, a rigor, uma derivação da tradição pandectística, por sua vez originada a partir da obrigação de cooperação da *litiscontestatio*. Assim, mantendo-se os elementos de fundo da teoria quase-contratual²³², cuja adoção de certas categorias derivou do direito romano à Idade Média, Bulow acredita que a boa vontade das partes é imprescindível a fim de se poder obter uma solução de mérito²³³. Como acentua Goldschmidt, “el deber del Juez de conocer la querrela, se basa en la obligación estatal de administrar justicia, y a las partes no incumben obligaciones procesales, ni frente al Juez, ni mutuamente”²³⁴. Nem mesmo a obrigação do juiz decidir, como ilustrado no tópico anterior pode ser remetida a um dever de caráter processual. Tal posição é reforçada pelo pensamento de Satta, para quem a obrigação de decidir também não pode ser entendida como sendo de caráter processual²³⁵.

Num processo do tipo adversarial, imantado pelo princípio dispositivo, o que se pode verificar é a ação das partes motivada por interesses de caráter individual. Quando a parte tem de executar um ato a fim de evitar qualquer espécie de prejuízo processual, em grau máximo concretizado na experiência da sentença desfavorável, lhe incumbe uma carga processual²³⁶. Para Cordero a fórmula autovinculante destinada à manipulação da atitude alheia chama-se ‘promessa’ ou ‘ameaça’, conforme seu uso seja utilizado como estímulo à perspectiva de um prêmio ou de um castigo²³⁷.

Não se pode pensar o processo como uma recriação cênica justificada por interesses altruísticos de cooperação. Justamente a atividade probatória se dá no escopo de tentar vencer a parte contrária. A carga se constituirá como um imperativo de interesse da própria parte e não como obrigação de aproveitamento de chances. Tudo dependerá do princípio

²³² “Sobre la base de la misma, se sentó entre otras cosas, que, a consecuencia del pleito, surge entre las partes un verdadero y propio contrato judicial, en virtud del cual las partes estarían gravadas de la obligación de realizar ciertas actividades procesales, ya en relación con ellas mismas o respecto a la autoridad judicial. La verdad es que las partes sólo están autorizadas para obrar; tienen obligaciones, no deberes de defensa y sus omisiones, lejos de constituir incumplimiento de obligaciones provistas de sanciones, son elementos de comprobación de la prueba (ejemplo: la *ficta confessio*, la rebeldía, etc.), pudiendo alcanzarse a veces la certidumbre mediante la omisión de la reacción a las afirmaciones del adversario. En todos estos casos, se trata de derechos concedidos a las partes para rechazar efectos jurídicos desventajosos que podrían derivar de la actividad del contrario, sin que entre para nada la idea de una sanción por supuesto incumplimiento de obligaciones”. GUARNERI, José. *Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal*. p. 50.

²³³ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 20.

²³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 74.

²³⁵ SATTA, Salvatore. *Il Mistero del Processo*. p. 17.

²³⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 52.

²³⁷ CORDERO, Franco. Direito. In *Enciclopédia Einaudi*. v.39. p. 19.

dispositivo (principio de instância de parte), tanto no que se refere à iniciativa processual como à formação do material do processo²³⁸.

Por esse motivo, de antemão, salta aos olhos que, enquanto para Bulow lhe era insuportável confiar às partes a condução da prova, para Goldschmidt nesta atividade processual de recolhimento da prova é que se constituirá um processo no sentido estrito, garantindo a imparcialidade do julgador. A prevalência do princípio dispositivo é o núcleo da teoria da situação jurídica. Ademais, percebe-se nitidamente, com esteio novamente na concepção processual de Goldschmidt, que os chamados direitos e deveres entre as partes quando muito constituem vínculos parciais, não se podendo atribuir o sentido forte de direitos e obrigações²³⁹.

A fim de instruir a teoria da situação jurídica, Goldschmidt enfatiza os erros de duas concepções muito difundidas no terreno da processualística. Primeiramente, adverte do erro de Wach que tomou em sentido material os estados de ligação jurídicos – daí o desacerto da ação como direito concreto movido por aquele que tem razão contra aquele que não possui. De outro lado, Bulow hipostasia o conceito de pressupostos processuais²⁴⁰, de forma que o processo se torna um refém destes²⁴¹.

O processo, assim, não se caracterizaria por aquela estática que, topograficamente, ensinaria o reconhecimento dos direitos e deveres mútuos. Pelo contrário, o estado de incerteza trazido pela teoria da situação jurídica parte do pressuposto essencial da imprevisibilidade da sentença futura. Negar esta incerteza inerente à sentença e para além, negar a possibilidade de uma sentença injusta pode conduzir a dois caminhos perigosos. O

²³⁸ “El proceso es, por lo tanto, un suceso jurídicamente disciplinado que se compone de actos que, por su relación con la sentencia, están reunidos bajo un mismo punto de vista. La característica de este fenómeno es su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución definitiva, a través de un constante dinamismo y modificación”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 39.

²³⁹ “Es muy característico el hecho de que los partidarios de la relación jurídica procesal sólo pueden deducir de este concepto derechos y deberes verdaderos entre el Estado y las partes, mientras que, con respecto a las relaciones recíprocas de las partes o las niegan, o las califican como meras vinculaciones”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 60-61.

²⁴⁰ Beling, aderindo à concepção de Goldschmidt, entende que os pressupostos processuais não passam de meros requisitos da decisão de fundo: “las condiciones formales que, según Bülow, figuran como «presupuestos» del proceso, no lo son en verdad, puesto que han de substanciarse en el proceso mismo. Más bien son presupuestos de una sentencia sobre el fondo”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 422.

²⁴¹ Wach partiu del enfoque material, que considera los ligámenes jurídicos como consecuencias jurídicamente necesarias de hechos presupuestos como realizados (*tatbestandliche Gegebenheiten*). En cambio Bulow parte de una consideración procesal que reduce todos los ligámenes jurídicos a expectativas de un fallo judicial futuro, cuya certidumbre depende de la intensidad y extensión de la prueba de sus presupuestos”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 54.

primeiro deles reside na circunstância de assim procedendo, criar-se uma ficção que entende inconcebível uma sentença desacertada e operar-se à base de ficções. Assim, toda e qualquer sentença seria conforme ao direito. Este foi o caminho tecido por Wach, ao elaborar a chamada teoria do direito concreto de ação, o que vem a resultar num problema sintetizado na inegabilidade do acerto sentencial. Toda demanda seria de acordo com o direito. Este pensamento representaria a advertência de Guarneri acerca da ilusória deformação da realidade elaborada por construções organicamente bem acabadas, sistemas completos e autárquicos. Num segundo aspecto, antes da sentença – e veja-se que a obrigação do juiz para Bulow é a decisão – não existem vínculos alguns entre as partes. Esta opção foi tomada por Bulow, o que acrescenta mais um tópico nas objeções a serem elencadas contra a teoria da relação jurídica²⁴². O extremo dessa segunda objeção foi levado adiante pela teoria da ação como direito autônomo. O completo desligamento do direito material do processo permitiu-se que fosse juridicamente articulável uma pretensão infundada e incapaz de encontrar sustentáculo jurídico.

No processo penal é insustentável advogar-se tal postura, considerando que o processo em si mesmo é uma pena. Assim, a necessidade de instauração do processo penal a partir de subsídios mínimos de autoria e materialidade (justa causa) seria sacrificada em torno de uma bem acabada e irreal concepção de processo.

Quando Goldschmidt descreve a teoria da situação jurídica, entra em cena uma importante conseqüência. Cuida-se do abandono da procura pela correta natureza jurídica do processo²⁴³. O abandono de uma natureza jurídica do processo serve para dar conta de sua complexidade. Sem a possibilidade epistemológica de encaixar o processo em uma

²⁴² “La incertidumbre es consustancial a las relaciones procesales, puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad. Por consiguiente, en la concepción procesal la sentencia injusta es también un fenómeno que han de tener en cuenta desde el principio de los ligámenes procesales. De este modo se resuelve el dilema: o negar la incertidumbre de las relaciones jurídicas con respecto a la sentencia esperada y descartar las sentencias injustas por la ficción de que cada fallo viene a concordar con el Derecho material, o suponer que antes de la sentencia no existen verdaderos ligámenes jurídicos. El primer camino fue elegido por Wach, quien enfoca la cuestión desde el punto de vista de que cada pleito alcance realmente el fin de realizar la exigencia de protección jurídica. El segundo camino fue el recurso arbitrado por Bulow”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 59-60.

²⁴³ “La concepción de Goldschmidt es, por lo tanto, decisiva, por implicar que el proceso no forma parte de las categorías conocidas del derecho, sino que constituye por sí mismo una categoría no reducible a otra más general. Por lo tanto, el problema de la naturaleza jurídica del proceso ha ido paulatinamente perdiendo su trascendencia, hasta no aparecer hoy con carácter fundamental. La determinación de que el proceso era un contrato o un casi-contrato tenía importancia práctica para la solución de problemas como los relativos a la capacidad de las partes o a la nulidad de los actos procesales”. MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos, 1976. p. 196.

categoria jurídica prévia se evidencia a falência da teoria geral dos atos processuais para explicar o funcionamento do direito. A crise imposta pelo pensamento de Goldschmidt à teoria da relação jurídica reflete bem mais do que a inexatidão de uma explicação teórica. Representa a incapacidade de categorias universais explicarem o direito. A teoria geral do direito cujo conceito de relação jurídica constitui o centro já não consegue dar conta das relações sociais que se complexificam no limiar do século XIX e início do século XX. Goldschmidt inaugura uma era na qual o processo é um complexo interativo de situações jurídicas. Revelar a falência da natureza jurídica do processo como a cômoda subsunção deste fenômeno a categorias difundidas a partir da teoria geral do direito foi a principal contribuição do processualista tedesco.

Todavia, esta compreensão do pensamento de Goldschmidt jamais atingiu notoriedade. A teoria da situação jurídica trouxe uma série de críticos, alguns ferrenhos. Sob a alegação ser uma teoria sociológica, de desmontar a unidade do processo, de trabalhar a partir da patologia e de outras tantas, a teoria de Goldschmidt foi praticamente esquecida ao largo do século XX e XXI. Assim, na seqüência, serão examinados os óbices ao pensamento de Goldschmidt.

1.3.3.1 As Críticas a Goldschmidt

A teoria da situação jurídica foi duramente criticada pelos epígenos de Bulow e por toda a tradição processualística. Tais críticas, em sua grande maioria, são motivadas por uma falsa compreensão da teoria de Goldschmidt. Ainda, é preciso salientar, Goldschmidt foi um autor que estava à frente de seu tempo. A teoria da situação jurídica, por se afastar de conceitos aferrados a uma estática jurídica traz, pela denúncia da possibilidade de uma sentença em desacordo com o direito, um intenso mal-estar assim como insegurança no seio da teoria do direito processual. Aliada à falsa compreensão que se teve do pensamento de Goldschmidt, a possibilidade de questionamentos sobre a cientificidade de uma teoria que recentemente estava se organizando desencadeou respostas radicais²⁴⁴.

²⁴⁴ Exemplo aqui é a percepção que Beling tem da teoria, que além da crítica à teoria da relação jurídica, desenvolve objeções contra o pensamento de Goldschmidt. Assim: “se desconoce el concepto del proceso: 1.º, cuando se le considera como relación jurídica; en sí mismo no es tal relación, sino un trozo de la vida del

Tais críticas, que se dão no sentido de questionar a teoria da situação jurídica, muito embora não consigam rechaçar os apontamentos de Goldschmidt sobre a teoria da relação jurídica, foram em número suficiente para que se mantivesse intacto o arcabouço teórico de Bulow. O principal motivo da não recepção da teoria da situação jurídica centra-se sobre a “não-cientificidade” da teoria de Goldschmidt e a impossibilidade de abandono de anos de desenvolvimento teórico. Como se verá, tais críticas não se sustentam. É aqui que se proporá uma renúncia ao dogmatismo, principalmente quando no Brasil sequer se discute com seriedade a proposta de Goldschmidt, trabalhando a doutrina como se existisse apenas uma explicação para o fenômeno processual.

1.3.3.1.1 Rosenberg e a Ruptura da Unidade Processual

A primeira das críticas a Goldschmidt pode ser sintetizada sobre a pretensa quebra da unidade do processo. A teoria da situação jurídica se caracterizaria pela capacidade de colocar abaixo o edifício conceitual trazido pela teoria da relação jurídica. Como afirma Rosenberg “a concepção do processo como situação jurídica leva a admitir uma sucessão nas múltiplas situações jurídicas surgidas no curso de um processo”²⁴⁵. Segue ainda o processualista afirmando que “o processo não é só uma sucessão de atos das partes e do tribunal, mas uma unidade jurídica que compreende as relações jurídicas produzidas por meio da condução processual”²⁴⁶.

Esta unidade do processo sustentada por Bulow, no entanto, era apenas aparente. É o próprio Bulow a sustentar que o processo se dá numa série de “relações jurídicas”. A unidade garantida pela relação jurídica busca no próprio direito material que era objeto de rechaço (vejam-se as teorias do contrato e quase-contrato) o seu fundamento. Com isso, a

hombre (un suceso) a la vista del cual el Derecho procesal funda relaciones jurídicas; 2.º, al estimarlo como situación jurídica (Goldschmidt); lo único exacto es que el Derecho procesal considera a algunas situaciones de la vida como requisitos previos de la actividad procesal o permite que de las mismas surjan determinadas situaciones jurídicas; 3.º, al tomarlo como « definición » del Derecho y del objeto del proceso (del caso jurídico llevado a él) (Sauer), pues con estos términos no se dice nada sobre lo que el proceso es, sino que se alude a las funciones que tiene o debe tener”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 15. Outras críticas são elencadas: “la posición de Goldschmidt ha sido criticada desde diversos planos, aduciéndose contra la misma que es una concepción más sociológica que jurídica, que perturba la unidad del proceso y que es, en definitiva, una construcción puramente empírica que capta un tipo de proceso amoral”. LOPEZ VIADA PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. p. 12.

²⁴⁵ ROSENBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. Campinas: Impactus, 2005. p. 20.

²⁴⁶ ROSENBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. p. 20.

alegada necessidade de autonomia do processo em relação ao direito material reaparece, desta forma pelo vínculo inicial entre as partes. Bulow maquia devidamente, mediante o recurso ao conceito de pressupostos processuais a sobrevivência do direito material. A conquista desta unidade somente se dará a partir de um vínculo inicial, mediante os pressupostos processuais ou no final do processo, por meio da sentença (Wach). Para esta última hipótese, é tão somente na sentença que se dará a consumação dos vínculos anteriores entre os indivíduos. Todavia restariam inexplicáveis o *non liquet* e a natureza daquela relação até então iniciada e levada até o pronunciamento jurisdicional final. Mas afastadas “as obrigações entre as partes” (cooperação), o que restará como conjunto de direitos e deveres? Como afirma Goldschmidt, “la unidad del proceso se garantiza por su objeto, a saber: el Derecho material, que se desenvuelve en situaciones procesales. La unidad que se logra mediante el concepto de la relación jurídica procesal, sólo es aparente”²⁴⁷.

Percebe-se que o ideário de cientificidade que imantaria a teoria da relação jurídica somente pode ser explicado pela reativação do direito material. As teorias do contrato e do quase-contrato foram criticadas por confundir direito material e processual. No entanto Bulow, mediante o recurso aos pressupostos processuais dá nova roupagem ao ingresso no direito material na discussão da natureza jurídica do processo. Demais disso, o extremo radicalismo com que desenvolveu Wach o conceito de ação dá a dimensão dos problemas enfrentados pela teoria de Bulow.

Como exposto por Guarneri, essa unidade é conquistada a muito custo como a elaboração de uma teoria negatória da realidade, cuja pretensão de cientificidade, sistematicidade e completude inaugura o primado da ilusão. A crítica de ruptura da unidade do objeto do processo é insuficiente para gerar a desabilitação da teoria de Goldschmidt. Como demonstrado à sociedade, tal unidade é meramente aparente, fruto de uma tentativa forçada de elaboração de uma teoria do processo arquitetada pelas mesmas categorias que servem à teoria geral do processo. Assim, não se sustentando a crítica tecida por Rosenberg é necessário seguir adiante.

A seguir, será posta em exame mais uma das críticas atribuídas a Goldschmidt. Trata-se do apontamento de que Goldschmidt trataria o que é da ordem da patologia como

²⁴⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 60.

regra geral, o que implicaria na desautorização da teoria da situação jurídica para servir como amparo teórico à explicação da natureza jurídica do processo.

1.3.3.1.2 Satta e a Patologia Processual

Uma segunda crítica ao pensamento de Goldschmidt pode ser trazida pelo pensamento do processualista italiano Salvatore Satta, principalmente a partir de seu ensaio *Il Mistero del Processo*. De forma veemente Satta afirma que o jurista alemão reduz o processo à afirmação de que é possível a alguém que não possui direito obtê-lo, assim como quem tem o direito, perdê-lo. Assim, Goldschmidt trabalha na patologia do processo ou ainda, o reduz a uma fisiologia²⁴⁸. Da mesma forma Cordero adverte que nesta visão pessimista de processo, o sucesso de um ato consiste em evitar um fracasso²⁴⁹. Satta parte do pressuposto de que operar com a teoria da relação jurídica traria inevitáveis ganhos em termos de segurança jurídica.

Como já mencionado, ou se trabalha na linha de Wach admitindo-se que todas as sentenças são justas e que o erro judiciário não existe (e aqui basta analisar-se as advertências de Carnelutti e Ferrajoli de que o processo penal corresponde a uma história dos erros para se verificar o tamanho da incongruência) ou se admite, mesmo equivocadamente, que existem realmente vínculos jurídicos entre as partes.

Os vínculos jurídicos construídos por Bulow são extremamente frágeis por tão somente surgir após a sentença. Demais disso, o transporte e a maquiagem feita com conceitos próprios do direito privado, consoante exposto por Guarneri, fazem com que se passe de uma teoria contratualista de direito privado para uma relação de direito público movida por substitutivos privatísticos para uma explicação racional do processo. É o próprio Guarneri quem adverte que por um lado a teoria da situação jurídica permite, radicalizada ao excesso, promover uma irrestrita fissura entre direito substancial e processo²⁵⁰.

²⁴⁸ SATTA, Salvatore. *Il Mistero del Processo*. p. 63.

²⁴⁹ CORDERO, Franco. Direito. *In Enciclopédia Einaudi*. v.39. p. 97.

²⁵⁰ Guarneri estabelece uma crítica à teoria da situação jurídica, que haveria exagerado na separação entre direito substancial e processo, criando um abismo entre justiça e ritualidade formal e comprometendo o objetivo do ordenamento processual a ser perseguido. GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 95.

A crítica de Satta sobre a obra de Goldschmidt não procede. Em nenhum momento o autor alemão afirmou que as sentenças são frutos de erro. Demais disso, a teoria da relação jurídica, por se afirmar sobre a base privatística de direito, desconhece a teoria da prova. Operar com aquela estática própria dos atos jurídicos em geral descaracteriza o ambiente processual. Afirmer que Goldschmidt degenera o processo em patologia é sintoma de quem não soube assimilar o duro golpe imposto ao sono dogmático imperante após a consolidação teórica da relação jurídica processual. O que parece óbvio, embora ignorado pelo processualista italiano e corroborado também por Cordero reside no fato de que uma acusação amparada em provas robustas permitiria uma maior probabilidade de condenação do que aquela desprovida de sequer um adminículo probatório. Em suma, ao contrário do que aparenta a teoria da relação jurídica, o acerto jurisdicional confirma o que foi trazido pela prova coligida ao processo.

Demais disso, a possibilidade de uma sentença em “desacerto” com o direito não pode ser aplicada ao processo penal. O próprio princípio da necessidade do processo em relação à pena determina a inexistência de direitos fora do processo. A aplicação da sanção tão somente pode advir após uma sentença condenatória, que possuirá caráter constitutivo do delito. Não se pode falar, sem grave erro, em direito de punir do Estado anterior à prolação da sentença, justamente pelo fato de o objeto do processo não ser constituído por uma pretensão punitiva (Binding) como sustentado pela imensa maioria da doutrina.

Ademais, atribuir-se que Goldschmidt trabalha com a patologia do processo tem por objetivo somente a depreciação da teoria, sem, contudo enfrentar com seriedade as categorias processuais goldschmidtianas. Neste quesito, a incompreensão da teoria da situação jurídica e a colocação em xeque das próprias teorias do direito transplantadas ao processo oferecerão respostas radicalmente agressivas a Goldschmidt.

1.3.3.1.3 As Críticas de Jaime Guasp e Pedro Aragonese

Outra crítica realizada contra a doutrina de Goldschmidt, proveniente desta vez de Guasp e Aragonese se dá no sentido de que se trata de uma teoria cética e ajurídica de processo, cujos conceitos mais se aplicam à sociologia do que ao processo: “frente a esta escéptica y poco jurídica concepción del proceso es preciso afirmar que sí existen

verdaderos deberes y derechos procesales”²⁵¹. Evidentemente, a inexistência de direitos e deveres jurídicos processuais²⁵² coloca em xeque toda a tradição subjetivista inaugurada por Wolff, Thomasius e Ockham. O direito público subjetivo é invocado, no processo penal, quando premente a necessidade de se impugnar uma decisão, postular-se uma declaração de nulidade, enfim, requerer-se alguma faculdade processual. Na trilha de pensamento de Goldschmidt, existem faculdades processuais e qualquer atividade que os tolha dará ensejo a outra possibilidade, desta vez para atacar ou não o ato. Por exemplo, a hipótese de não declaração de nulidade quando se verificar a não obediência aos requisitos do ato processual. A parte afetada poderá postular a declaração ou manter-se inerte. A chance de atacar o ato é uma faculdade processual, não um direito público subjetivo. Uma vez mais, na mesma linha sustentada por Guasp²⁵³, o conceito de carga deve ser levado em consideração respectivamente à sentença, não podendo ser considerada como sanção ou um bônus. A carga é uma categoria fluida que não fica enrijecida numa pseudo consequência da finalidade do ato processual atingida pela realização de um ato processual. Se assim fosse, o pressuposto elementar da teoria da situação jurídica estaria fulminado: como seria possível atribuir-se o caráter de incerteza da sentença? Em outras palavras, o aproveitamento de todas as chances garantirá à parte uma sentença que lhe seja favorável? A resposta incrustada no pensamento goldschmidtiano é negativa. A carga se desliga dos atos processuais pelo simples fato de as situações jurídicas durante o intercurso processual ser elas próprias voláteis, mutáveis.

As críticas propostas por Guasp e Aragoneses não se limitam a estes dois apontamentos. Entendendo o processo como uma instituição jurídica, cuja análise será realizada em tópico oportuno, os autores entendem que são elementos componentes da

²⁵¹ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 38.

²⁵² Esta crítica é compartilhada por Beling, para quem “Esta función procesal del derecho penal no debe ser llevada a la exageración de la teoría (J. Goldschmidt) que afirma que no existe ningún derecho penal a la manera explicada por nosotros, como una rama jurídica lógicamente independiente, sino sólo un « derecho judicial material penal », constituido por un complejo de preceptos jurídicos que, mejor que regular la « punibilidad », reglamentan las condiciones bajo las que puede tener efecto en el proceso una condena y su consiguiente ejecución, de suerte que, por ejemplo, no existiera ningún precepto de este tenor, « al asesino corresponde la pena de muerte », sino que el §211 del StGB debía limitarse a decir que el juez la ha de condenar a muerte al asesino”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 06.

²⁵³ “Por otra parte, los elementos propuestos de la situación jurídica, especialmente las posibilidades y las cargas no son categorías autónomas desligadas de los deberes y derechos, sino, por el contrario, elementos de los mismos”. GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 38.

instituição a idéia objetiva ou comum e as vontades particulares que aderem à mesma²⁵⁴. A idéia comum e objetiva corresponde à satisfação de uma pretensão. As vontades particulares aderem a esta idéia comum²⁵⁵. Como requisito processual há uma aderência das vontades particulares a uma satisfação de pretensão. Qualquer que seja a resposta judicial restará satisfeita uma das pretensões postas em jogo. As vontades dos sujeitos envolvidos aderem a esta perspectiva de resolução judicial. O intento é complementar as concepções da natureza jurídica do processo, atribuindo-se um caráter mais amplo ao processo. Nas palavras de Guasp e Aragoneses, “para la teoría de la institución, en el proceso existen verdaderamente deberes y derechos jurídicos. Si, a pesar de ellos, se rechaza la doctrina de la relación jurídica, no es por su inexactitud, sino por su insuficiencia”²⁵⁶. Como se pode perceber facilmente, as mesmas objeções levantadas contra a teoria da relação jurídica podem ser apontadas para a teoria da instituição.

A teoria da situação jurídica se volta exatamente contra a existência de direitos e deveres processuais. A subordinação de atos judiciais a direitos ou deveres é uma tentativa de reforçar o caráter de segurança e cientificidade cuja perda seria creditada ao pensamento de Goldschmidt. Entretanto, advogar que no processo penal se desenvolveriam verdadeiros direitos e deveres dos sujeitos processuais consistiria em uma tentativa de reipristinar o arcabouço de direito material disfarçado mediante os pressupostos processuais. A frustração de expectativas processuais representa o nascimento de uma chance processual que por seu turno pode ser bem ou mal aproveitada. A existência da coisa julgada, em última instância é a confirmação de que se não pode chegar a uma verdade absoluta. A violação ou não de expectativas processuais resultará na mesma sentença transitada em julgado. Nesse sentido, parece que novamente a razão se encontra do lado do pensador tedesco.

Urge apenas advertir que a concepção do processo como instituição será criticada no momento oportuno, pelo que bastará aqui a afirmação de que também as críticas de Guasp e Aragoneses uma vez mais não procedem.

²⁵⁴ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios. t. I. p. 39.

²⁵⁵ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios. t. I. p. 39.

²⁵⁶ GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios. t. I. p. 39.

1.3.3.1.4 As Críticas de Rosemiro Pereira Leal

No Brasil, importante crítica é realizada pelo processualista Pereira Leal. O autor critica a teoria da situação jurídica, afirmando que o erro judiciário não significaria violação de direito processual algum²⁵⁷. Afirma também a migração do direito subjetivo combatido por Goldschmidt para a atividade jurisdicional do juiz. Tal interpretação do pensamento de Goldschmidt não é a mais adequada principalmente pelo fato de inexistência do dever de julgar inserir-se como um direito ou dever judicial. Se a crítica do processualista mineiro se direciona à consagração da inafastabilidade do controle do poder judiciário como direito constitucional, não haveria incorreção alguma no pensamento de Goldschmidt acerca do direito subjetivo. Pelo contrário, mantém-se acima de qualquer dúvida a veemente negação da existência de direitos subjetivos processuais. Demais disso, o erro judiciário²⁵⁸ não pode necessariamente conduzir à assertiva de existência de violação à lei processual²⁵⁹. O processo pode ter desenvolvimento válido, a sentença ter eficácia, o acusado ser condenado tomando-se por base, *verbi gratia*, depoimento produto de falso testemunho. Onde se insere o erro do magistrado? A análise da prova, consabido que é matéria que diz respeito ao mérito, não pode engendrar violação à norma processual. Firmar determinada convicção jurídica não diz respeito ao “como proceder”. Ademais, o erro processual faz aparecer nova faculdade processual, desta vez de caráter impugnativo do ato viciado. O agir da parte ou a

²⁵⁷ “Deduz-se que, em Goldschmidt, o direito subjetivo, que ele tanto combateu, migrou, em sua teoria, para a atividade jurisdicional do juiz que, conforme doutrinou, poderia emitir sentença sem nexo jurídico de causalidade imperativa com as situações criadas pelas partes no curso do processo. Para Goldschmidt, o juiz, ao errar, não violava a lei processual”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. p. 80.

²⁵⁸ “Cuando el ser y el deber ser coinciden, el proceso penal ha verificado la norma contenida en el Código Penal. Pero nadie puede desconocer el hecho cierto de que tal identidad no siempre es posible, y mucho menos es siempre realizable en la práctica, que es el campo de actuación del proceso. Por ello, Goldschmidt afirma que de la naturaleza de las normas legales como medidas para el juicio del juez (el llamado “derecho justicial material”) resulta que tales normas tienen frente a los individuos el carácter de promesas o amenazas de determinada conducta del juez; en último término, de que puede recaer una sentencia de un contenido determinado”. VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. p. 12.

²⁵⁹ “Daí a intervenção de Roubier que, rejeitando a tese de Bonnacase da divisão das situações jurídicas em concretas e abstratas no processo, polemizou a teoria de Goldschmidt ao ressaltar que as situações jurídicas, para sua legitimidade, validade e eficácia, devem obviamente surgir de atos jurídicos antes definidos em lei e aptos a provocar direitos e não de atos estratégicos das partes para supostamente gerarem a seu favor esperanças e possibilidades de serem acolhidos, ao final, pela sentença”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. p. 80.

aquiescência com os efeitos de um ato irregular consubstanciam-se dentro da esfera de agir – leia-se conveniência – pela qual não há que se cogitar em direito subjetivo. A legitimidade institucional da revisão criminal – sempre em prol do acusado e não *pro societate* – está a confirmar a possibilidade do erro, sempre tolerado se face à pretensão acusatória.

Como será visto no exame da teoria do ato irregular, uma possível convalidação de ato eivado em vicissitude está no plano do próprio acusado, em sua grande maioria. A denominada sanatória do ato nulo relativamente integra um cenário complexo que se amolda ao ato processual preliminarmente realizado em desconformidade. Consentimento, preclusão temporal, finalidade atingida. Eis aqui hipóteses de sanação do ato irregular que caracterizam, na esteira de Goldschmidt, atos processuais em que a parte deixou de aproveitar uma chance. E nesse ponto, uma sentença judicial que confirmasse o pleito acusatório, mesmo contando com uma nulidade, perfaz-se de apoio legal. Não há que se falar em violação de norma processual na condenação injusta. A não ser que o processo contenha máculas à forma. Todavia, aí já não se estará a falar da condenação injusta por motivo meritório senão processual. À evidência, a crítica de Leal está endereçada, embora subliminarmente, à incerteza denunciada por Goldschmidt. A ausência de garantias contra a decisão condenatória, mesmo quando teoricamente tenha o acusado no processo penal aproveitado todas suas chances, não o imuniza contra uma decisão desfavorável. A decisão penal, nos termos de Alexandre Morais da Rosa é uma *bricolage* de significantes. Onde residiria a proteção contra a condenação?²⁶⁰

A seguir passa-se ao exame das críticas providas por Invrea.

1.3.3.1.5 As Críticas de Francesco Invrea

Invrea, ao tratar da teoria da situação jurídica e intentar a construção de uma teoria do “estado jurídico processual” trata da obra de Goldschmidt e a rechaça. Basicamente, Invrea sustenta que a característica principal da teoria da situação jurídica é que mediante o

²⁶⁰ “Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão. E nesse iter, embora predominantemente lógico, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, e outros mais”. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 70.

recurso aos conceitos de direitos e ônus processuais tais categorias não possuem um conteúdo jurídico certo e preciso como os direitos materiais, mas apenas um conteúdo de probabilidade, mais ou menos extenso.

A chamada de atenção de Invrea sobre chances processuais é parcialmente procedente. Num primeiro momento, pelo fato de que somente se pode atribuir uma vagueza aos “direitos processuais” se se entender os atos processuais como uma espécie de materialidade (processual). Uma vez mais, assim como as críticas de Guasp e Aragoneses relativamente ao conceito de carga processual, o que se deve ter em mente para um correto exame da teoria da situação jurídica é a realização de todo e qualquer ato processual frente à sentença futura. Nenhum ato processual, se se quiser cultivar certa dose de fidelidade ao pensamento de Goldschmidt, poderá ser interpretado como fim em si mesmo. As cargas processuais que pendem sobre a (não)realização de determinados atos não geram conseqüências imediatas. Dependem do futuro pronunciamento. Uma realização inadequada, insuficiente ou irregular de determinado ato processual será avaliado de acordo com o conjunto de atos já praticados e também no que diz respeito aos que ainda deverão ser realizados. Também pode gerar - o que também não configura um efeito imediato - nova faculdade processual, desta vez com a finalidade precípua de impugná-lo²⁶¹.

Invrea faz uma consideração importante que aqui se traz à baila pela originalidade do argumento. O pensador italiano conclui que a possibilidade de um ato juridicamente injusto não é exclusiva do direito processual. Cita então, a usucapião, a aquisição a non domino de coisas móveis, os títulos ao portador, etc²⁶². Uma vez mais, parcialmente correta a constatação de Invrea. Se tais fenômenos podem ser reconhecidos no direito civil, o mesmo não se pode aduzir no processo penal. Isto por uma razão extremamente simples. O processo penal vive do princípio da necessidade. Não há possibilidade de, no direito penal, que não possui vida própria fora do processo, encaixar-se situação jurídica e materialmente injusta a não ser através do processo²⁶³.

²⁶¹ Pelo termo impugnação se está a referir o conjunto de faculdades processuais que podem ser tomadas frente à inconformidade com determinado ato, incluindo recursos, ações autônomas ou até mesmo providências cautelares.

²⁶² INVREA, Francesco. La Giurisdizione Concreta e la Teorica del Rapporto Giuridico Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IX. N. 43. Padova, 1932.

²⁶³ Aqui poderia servir como possível exceção os meios alternativos de resolução de conflitos recentemente importados pela legislação brasileira em matéria penal. Transação, delação premiada e demais produtos importados pelo Brasil permitiriam uma noção de pena sem processo. Todavia, tais institutos dependem de

Com esta consideração, parece que as críticas de Invrea não procedem. À primeira vista, pela destituição de materialidade processual de um ato, que não se solidifica à base dos mesmos elementos, requisitos ou pressupostos que aqueles pertencentes ao direito material (civil). Os atos processuais dependem e se integram com a sentença futura. A frustração de expectativas processuais não gera, como suscitado, direitos públicos subjetivos. Faz nascerem chances processuais destinadas a consolidar nova situação jurídica.

Para além, a crítica de que os próprios atos de direito material podem trazer consigo determinadas nódoas é insuficiente para se autorizar uma análise crítica da teoria da situação jurídica. O princípio da necessidade do processo em relação à pena determina a inexistência de vínculos jurídico-materiais preliminares à acusação. Do contrário, reconhecê-los, traria à baila novamente o direito subjetivo de punir – *jus puniendi* – como objeto do processo. A sua constituição eminentemente antidemocrática que autorizara Manzini a concluir pela natureza do processo a parte única é inaceitável na contemporaneidade, principalmente pelo advento do Estado Constitucional de Direito.

A seguir, passa-se ao exame das críticas de Calamandrei, que foram aquelas que mais repercutiram para o desabono do pensamento de Goldschmidt.

1.3.3.1.6 Calamandrei e as Críticas a Goldschmidt

Piero Calamandrei num artigo publicado na Revista de Direito Processual Civil, intitulado “O Processo Como Situação Jurídica” trata de apresentar em linhas gerais a teoria de Goldschmidt. Reconhece alguns pontos positivos da teoria goldschmidtiana, mas o foco central do ensaio é destacar a impossibilidade geral de se reconhecer o processo enquanto situação.

Calamandrei reconhece que muitas das assim chamadas obrigações processuais não passam de verdadeiras cargas, na acepção que Goldschmidt oferece para a categoria. Destaca, incontinenti, que o conceito de carga processual é muito útil principalmente a

sentença homologatória. Não existiria exceção ao controle jurisdicional obrigatório em matéria penal. O réu, mesmo inconstitucionalmente, abdica do contraditório. O que não significa dizer que seja possível uma intervenção limitativa dos direitos de liberdade que no mínimo não seja avaliada por juiz e homologada.

partir da exposição de Goldschmidt, que aclara e dá uma feição jurídica à categoria culminando no reconhecimento de seu valor o próprio Carnelutti em suas *Lições*²⁶⁴.

No entanto, segundo o processualista italiano, a parte da obra de Goldschmidt que menos convence é aquela que trata de demonstrar que os verdadeiros e próprios deveres (não meras cargas) nascem no processo. Com isso incorreria Goldschmidt numa fratura da unidade e individualidade jurídica do processo, concebido como relação jurídica complexa e não como advento de diversas situações jurídicas, separadas umas das outras²⁶⁵. Uma vez mais, Goldschmidt sofre ataques – como os de Rosenberg – que vêm na situação jurídica uma ameaça à “unidade da relação jurídica”. Os mesmos argumentos para repudiar a pseudo-segurança oferecida pela teoria da relação jurídica podem ser sustentados. A eles se faz a devida remissão, a fim de se evitar tautologia.

Um segundo aspecto criticado por Calamandrei igualmente aponta a crítica a Goldschmidt de que este trata o processo não no plano do dever-ser, de acordo com o direito processual, reduzindo o processo à realidade prática, sujeitando-se à decisão judicial que não respeita o direito ou ainda, sujeitando-se à destreza e habilidade técnicas das partes²⁶⁶. Aqui, o argumento de Calamandrei converge com o de Satta. A resposta a tal objeção é de que não se trata de conceber um processo enquanto “patologia”. À diferença da relação jurídica que se dá num plano heurístico, abstrato e distante demais do que ocorre efetivamente no processo, cria-se a ficção de que toda decisão é conforme ao direito e a solução seria admitir-se a impossibilidade de erro judiciário. Segundo Calamandrei, para Goldschmidt, “il processo non è, come lo credono gli ingenui, un mezzo per attuare il diritto; ma è al contrario *un mezzo per fare apparire e valere come diritto ciò che diritto non è*”²⁶⁷. De fato, Goldschmidt jamais teorizou o processo como um instrumento para injustiças. O ponto nevrálgico da teoria da situação jurídica é afirmar que isto pode acontecer pela própria estrutura dialética do processo. Nem a certeza da justiça da decisão está garantida,

²⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Situazione Giuridica. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IV. p. 224.

²⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Situazione Giuridica. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IV. p. 224.

²⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Situazione Giuridica. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IV. p. 224-225.

²⁶⁷ “O processo não é, como crêem os ingênuos, um meio para atuar o direito; mas é ao contrário, um meio para fazer aparecer e valer como direito aquilo que direito não é (tradução nossa)”. CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Situazione Giuridica. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IV. p. 225.

nem a certeza de manipulação da prova poderia garantir uma sentença favorável, como explicitado na crítica de Pereira Leal.

Finalmente, Calamandrei afirma que o pensamento de Goldschmidt é cético e que traz para o processo um panorama de decisões judiciais que seria produto da sorte dos sujeitos processuais: “con questo ‘sceticismo’ processuale il quale concepisce sistematicamente la giustizia come un strumento obbediente a chi meglio sappia servirsene contro il diritto, si arriva a giustificare anche il giudice di Rabelais, che decideva le cause secondo la sorte dei dadi!”²⁶⁸ Goldschmidt não procura traçar uma teoria cética, até mesmo porque, se se fizer uma opção pela sua descrição de processo penal, ela será encontrada justamente enfatizando o modelo acusatório. O princípio dispositivo, alicerce do processo acusatório é referendado a todo o momento pelo processualista tedesco. A atuação das partes nesse sentido é que permitiria um juiz distante do modelo inquisitório e que se preocuparia basicamente com as regras do *fair trial*, como no sistema adversarial inglês.

Posteriormente, Calamandrei, em artigo publicado na mesma *Revista de Direito Processual Civil*, publica artigo intitulado *Il Processo Come Giuoco*, no qual examina justamente algumas das características do processo a Goldschmidt atribuídas como desvalorações e defeitos de sua teoria²⁶⁹. Primeiramente, reconhece que o processo dependerá dos efeitos psicológicos sobre o juiz, da capacidade de persuasão dos atores processuais, das razões oferecidas, da habilidade da argumentação²⁷⁰.

Sendo o processo civil (objeto do ensaio de Calamandrei) um processo de partes, no qual impera o contraditório, a força psicológica que tende a persuadir o juiz é bilateral, implicando sempre uma decisão. A sentença é o produto psicológico de três forças em

²⁶⁸ “Com este ceticismo processual o qual concebe sistematicamente a justiça como um instrumento obediante a quem melhor saiba servir-se contra o direito, se chega a justificar aquele juiz de Rabelais, que decidia acausa segundo a sorte dos dados (tradução nossa)”. CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Situazione Giuridica*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IV. p. 225.

²⁶⁹ E que rendeu inclusive críticas por parte de Carnelutti que afirmara que nem o processo civil nem muito menos o processo penal se faz por divertimento. No processo penal, sobretudo, não exclusivamente, mas certamente em um aspecto de considerável relevância se faz presente o elemento trágico da vida. CARNELUTTI, Francesco. *Discorso Intorno al Diritto*. v. II. Padova: CEDAM, 1931. p. 210.

²⁷⁰ Na assertiva de Calamandrei para que a demanda proposta pelo autor possa ser aceita ela deveria ser filtrada pela mente do juiz, e que possa se fazer entender e persuadi-lo: o êxito final dependeria portanto do encontro de duas psicologias individuais e da força de convencimento com a qual as razões expostas pelo requerente poderão ser bem sucedidas e suscitar ressonância e simpatia na consciência do julgador. CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Giuco*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 25.

jogo²⁷¹. Tomando por base a idéia de jogo, recolhida de Huizinga, o contraditório e a dialeticidade do processo são os novéis de seu trabalho: “Questo carattere di giuoco ragionato si manifesta specialmente in quel principio fondamentale del processo che si potrebbe chiamare il principio di dialetticità”²⁷². O processo se assemelharia ao jogo com ações e reações, réplicas e trélicas, demandas e respostas²⁷³.

O processo é constituído de chances alternativamente oferecidas à cada parte²⁷⁴. E assim como Goldschmidt, Calamandrei chega à mesma concepção de processo na qual ocorre a prevalência do princípio dispositivo, demonstrando que a teoria da situação jurídica, tão combatida quanto mal compreendida, ao fim e ao cabo permite a construção de um modelo processual regido pelo princípio dispositivo, o que para o processo penal significará arvorar-se num modelo acusatório e por consequência democrático²⁷⁵. Retornando às palavras de Calamandrei, “ma questo delicatissimo congegno che è il principio dispositivo, nel quale ciascuna parte deve attendere la vittoria soltanto dalle proprie forze e può astenersi dal portare elementi che possano contribuire alla vittoria avversaria (*nemo tenetur edere contra se*)”²⁷⁶.

Como se vê, Calamandrei acaba adotando posição semelhante à de Goldschmidt relativa ao processo, concebendo-o segundo os influxos psíquicos do juiz, as atividades das partes e principalmente, amparando-se no baluarte do contraditório, princípio dispositivo e dialeticidade, numa concepção democrática de processo.

A seguir serão examinadas as críticas oferecidas por Liebman a fim de apontar os defeitos do pensamento de Goldschmidt.

²⁷¹ “Esta característica do jogo racionalizado se manifesta especialmente naquele princípio fundamental do processo que se poderia chamar de dialeticidade (tradução nossa)”. CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Giuoco. In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 25.

²⁷² “Esta característica do jogo racionalizado se manifesta especialmente naquele princípio fundamental do processo que se poderia chamar de dialeticidade (tradução nossa)”. CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Giuoco. In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 25.

²⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Giuoco. In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 27.

²⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Giuoco. In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 29.

²⁷⁵ “No nos parece correcta la intención de buscar la pretensión de haber encontrado una correspondencia entre esta teoría de Goldschmidt con la política de los Estados totalitarios. Nosotros pensamos que en realidad ocurre lo contrario; su tendencia claramente manifestada es la de igualar a las partes frente a la actuación del juez, lo que quiere explicar aun en el proceso penal, y esto lo aproxima bastante a una política de rasgo liberal”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal: conceptos fundamentales*. v.1. p. 155.

²⁷⁶ “Mas este delicadíssimo instrumento que é o princípio dispositivo no qual cada parte deve aguardar a vitória apenas por suas próprias forças e pode abster-se de levar elementos que possam contribuir à vitória adversária (*nemo tenetur procedere contra se*) (tradução nossa)”. CALAMANDREI, Piero. *Il Processo Come Giuoco. In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 31.

1.3.3.1.7 As Críticas de Liebman

Em artigo publicado na *Revista de Direito Processual Civil*, intitulado *L'opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*, Enrico Tullio Liebman elenca mais uma série de objeções à teoria da situação jurídica, no escopo de desconstruir as críticas tecidas contra a teoria da relação jurídica.

Preliminarmente, Liebman aponta que as regras de direito material seriam apenas regras do juízo e não regras de conduta, no que difere drasticamente da teoria da relação jurídica²⁷⁷. Liebman destaca que o ponto essencial da obra de Goldschmidt não está no modo como construiu os direitos e ônus processuais das partes, mas no referimento ao conteúdo da futura sentença²⁷⁸. As posições subjetivas que constituem a relação jurídica são configuradas diretamente com o conteúdo da sentença, não como contraposições de pretensões, mas como expectativas de uma determinada e futura sentença²⁷⁹.

Num primeiro momento, Liebman entende ser a situação jurídica unitária, podendo ser inclusive equiparada à relação jurídica. Como fala Liebman, se a situação jurídica não é outra coisa que a relação jurídica considerada no estado em que se encontra seguidamente à sua dedução em juízo, sua identidade não muda, ainda que no curso do processo mudem as perspectivas de vencer ou perder a causa²⁸⁰. A referência à sentença futura daria uma unidade à teoria da situação jurídica, pelo que muito próxima estaria da teoria de Bulow²⁸¹. Desta forma, não haveria razão para tamanha crítica à teoria da relação jurídica.

As críticas de Liebman caminham agora em outro sentido, ao sublinhar que o processo para Goldschmidt é desprovido de conteúdo. Nesse sentido também é ignorada a

²⁷⁷ Liebman aponta que para Goldschmidt a situação jurídica não é um *minus*, mas um *aliud* em confronto com a relação jurídica, e precisamente a sua figura correspondente sobre o plano da consideração dinâmica processual do direito na qual a norma de direitos substancial é concebida não mais como regra de conduta, mas como regra do juízo. LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 333.

²⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 334.

²⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 334 – 335.

²⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 335.

²⁸¹ Para Liebman as expectativas e perspectivas de vitória ou de derrota são um modo genial de representar aquilo que as partes trazem ao processo, mas não pode consistir no próprio processo. LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 336.

posição e a função que deve ser exercida pelo juiz²⁸². Assim, Liebman imputa a Goldschmidt um grave erro ao afirmar que os deveres do juiz são matéria de direito constitucional e não processual²⁸³. Como sustenta o processualista italiano, é de se excluir que o conteúdo fundamentação da relação consista na obrigação do juiz de prover a demanda das partes a quem corresponderia o direito ao provimento, e isso pela própria razão pela qual a ação não pode ser configurada como um direito contra o Estado²⁸⁴. Evidentemente, Liebman reforça as próprias críticas de Goldschmidt em sua oposição contra Wach, que concebe a ação como endereçada contra o Estado. Todavia, há aqui que se separar dois pontos em que Liebman parece fazer confusão acerca dos conceitos de Goldschmidt. Em primeiro lugar, Goldschmidt não sustenta ser a ação endereçada contra o Estado, nos moldes de Wach. Esta proposta desencadeia o direito concreto de agir, pela simples postulação contra o Estado de uma reivindicação confirmada na sentença que, retrospectivamente, legitimaria todos os atos como atividades processuais. Entretanto, como cediço, a crítica é facilmente imposta no momento da análise da sentença de improcedência. Não haveria então ação?

Goldschmidt estabelece duras críticas contra Wach por assumir a postura concretista da ação. Logicamente, disso deriva que a crítica de Liebman tão somente pode ser endereçada ao próprio Wach e não a Goldschmidt. Em segundo lugar, se o conteúdo do processo não é a obrigação do juiz decidir em favor da parte, nem por isso Liebman consegue infirmar a circunstância de que a principal obrigação do juiz é decidir, muito embora não se vincule a nenhum conteúdo material. Se esta obrigação decisória existe desde o início da relação, por que tão somente estaria jungida ao final do processo? A fim de formar sua convicção diriam os séquitos de Bulow. Certamente o juiz decide quando atingir a maturidade da decisão. Mas então, anteriormente a ela, que vínculo existiria entre juiz e partes? Demais disso, se existe uma obrigação de cooperação das partes, que faria o juiz?

²⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 337.

²⁸³ Para Liebman Goldschmidt não entende certo sustentar que o juiz seja senhor do processo, mas ele crê que as funções do juiz sejam reguladas unicamente desde o direito constitucional e administrativo, segundo relações que seriam estranhas ao processo. Mediante esta representação pareceria evidente a confusão que o pensador alemão faz entre coisas totalmente diversas. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 337.

²⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 340.

A obrigação do juiz em decidir, como frisado inúmeras vezes é de caráter constitucional, fato que foi antecipado em muitas décadas por Goldschmidt. Como acentuam Moreno Catena, Cortés Dominguez e Gimeno Sendra, “en el proceso, salvedad hecha de los derechos y obligaciones constitucionales de incidencia procesal a los que nos acabamos de referir, no les asisten a las partes derechos ni obligaciones, sino posibilidades y cargas”²⁸⁵.

Atualmente, a inafastabilidade do controle judiciário é garantia constitucional, configurando-se como um dos princípios basilares da jurisdição. Relegá-lo a uma metafísica obrigação de o juiz decidir, pelo simples e não menos falacioso argumento de que numa relação jurídica trilateral todos têm direitos e obrigações, significa deslocar o princípio garantido pela Constituição da República e que corresponde a um dos elementos teóricos da jurisdição.

Continuando com suas objeções a Goldschmidt, segundo Liebman é possível que exista situação jurídica sem processo assim como pode haver processo sem situação jurídica. A situação jurídica existiria antes da proposição da demanda, podendo ser resolvido o conflito antes mesmo do processo. De outro lado, haveria processo sem situação jurídica no momento em que houvesse uma transação jurídica extraprocessual²⁸⁶. Assim como Invrea, Liebman não consegue perceber, talvez por estar pensando propriamente no processo civil, no princípio da necessidade do processo em relação à pena. De regra, guardadas as devidas diferenças relativamente aos *alternative dispute resolution*, o direito penal material não pode sobreviver fora do processo; nem tampouco há disponibilidade do conteúdo do processo a fim de se obter acordos processuais ou até mesmo extraprocessuais.

Liebman também argumenta que apesar do esforço de Goldschmidt, as situações jurídicas não são elementos constitutivos do processo, que não é formado, do lado subjetivo, pela perspectiva de vitória de uma ou outra parte²⁸⁷, mas pelos meios, isto é,

²⁸⁵ MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. p. 244.

²⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 338.

²⁸⁷ Afirma Liebman que haveria em vez disso certa relevância psicológica, porque permite compreender o diverso significado que têm as normas jurídicas para o indivíduo singular, considerando as suas relações nos confrontos diretos com a contraparte (quando a norma valha como regra de conduta para os interessados), ou na perspectiva de uma causa, na qual para se vencer necessita-se combater (que agora essa se apresenta como

pelos poderes, direitos, ônus e sujeições que corresponderão à eficácia do provimento final²⁸⁸. Ao contrário do que demonstra Liebman, as situações jurídicas não se compõem somente do ponto de vista psíquico dos atores processuais. Nem tampouco Goldschmidt desconsidera “os meios”, como aduz Liebman. Os direitos processuais se encontram vinculados a um ato processual²⁸⁹. Goldschmidt em nenhum momento acentua que a situação jurídica seria a soma das expectativas psicológicas das partes. Pelo contrário, mesmo com a realização dos atos tais impressões psíquicas podem permanecer inalteradas. A face subjetiva da situação jurídica é tão somente o mote para o agir processual, tendo em vista o horizonte decisório. O conceito de carga como um imperativo da própria parte não significa que o objeto do processo seria um conflito psicológico de cargas processuais. Pelo contrário, Goldschmidt, numa visão eminentemente pragmática atribuirá ao processo a finalidade de gerar a coisa julgada. Desta maneira, Liebman esbarra na confusão conceitual que confunde a carga processual com as expectativas, estas sim verdadeiros estados psicológicos das partes relativamente à sentença futura. Liebman critica superficialmente o conceito de situação jurídica, oferecendo crítica também epidérmica, ao afirmar que esta seria a relação jurídica em outro estado. O que é olvidado por Liebman se encontra depositado na incapacidade de se prestar o conceito de direito subjetivo para fundar vínculos entre as partes (Estado e acusado). Novamente haveria de se socorrer do conceito de pretensão punitiva, algo por decerto intolerável.

Para além de tais críticas tampouco seria o processo um mero conjunto de faculdades processuais. Possibilidades sem ação, posto que processo é atividade e não relação (Beling) constituem inércia. O processo é justamente o oposto. Não obstante tal circunstância, o ato processual para ser realizado deve ser admitido, o que não pode ser vislumbrado pela ótica “dos meios” de Liebman²⁹⁰.

Na tentativa de salvar a teoria da relação jurídica das críticas impostas por Goldschmidt, Liebman entende que as posições subjetivas processuais são aquelas

regra de juízo para o magistrado). LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 339.

²⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 338.

²⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 64.

²⁹⁰ “El ‘derecho’ procesal expresa que alguien tiene la ‘posibilidad’ de ejecutar un acto procesal, o que está exento de la necesidad de ejecutar un acto determinado (carga procesal). Pero las ‘posibilidades’ para ejecutar los pasos procesales determinados resultan de lo que el derecho procesal ‘admita’ en ese aspecto”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 50.

indicadas: poderes, direitos subjetivos, ônus, sujeições das partes, que se dão na relação jurídica processual²⁹¹.

Estes elementos processuais teriam forma precisa, segura, solidamente construídas e não devem ser dissolvidas numa líquida e mutável incerteza da perspectiva oposta em vista do resultado final²⁹². Com esta informação do pensamento de Liebman vem à tona as críticas sobre a ruptura da unidade processual, que se parecem mais com uma angustiante procura pela segurança em algum lugar perdida, tendo-se em vista que muitos desses conceitos “científicos” do processo foram postos em xeque. Ao finalizar Liebman sustenta: “il concetto tradizionale del rapporto giuridico processuale è servito e serve tuttora ad esprimere quest’autonomia: cioè la giuridicità, l’unità e l’astrattezza del processo”²⁹³. Esquece-se o processualista italiano que a “ordem jurídica” não é uma estrutura estática; antes, assemelha-se a um caleidoscópio²⁹⁴.

As objeções a Goldschmidt ao fim serviram para se resgatar a juridicidade, a unidade e abstração do processo. Não é preciso aqui dizer mais sobre o edifício teórico de Bulow que ruiu e todo o mal-estar causado por Goldschmidt. A virulência das críticas à situação jurídica é o produto da angústia pela ruína de um modelo processual que oferecia um fácil manejo, flexibilidade para se adaptar aos mais diversos campos, simplicidade no operar das formas. Como um herege, Goldschmidt foi vítima do crime de ter colocado abaixo toda uma “cosmovisão” processual.

1.3.3.2 Goldschmidt, Um Maestro do Liberalismo Processual

²⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 341.

²⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 342.

²⁹³ “O conceito tradicional de relação jurídica processual é servido e serve de tutor para exprimir esta autonomia: isto é, a juridicidade, a unidade e abstração do processo (tradução nossa)”. LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 343.

²⁹⁴ BINDER, Alberto M. Prólogo. *Introdução ao Direito Processual Penal*. p. 03.

Uma vez postas as críticas²⁹⁵ a Goldschmidt, cujo rol se deu por critérios de argumentação e que são meramente exemplificativas, não exaustivas, necessário um retorno à teoria da situação jurídica a fim de lhe render as devidas homenagens. Assim como fica difícil aceitar-se a existência de uma relação jurídica no plano processual, “en el proceso penal tampoco existen, desde un plano dinámico, derechos y obligaciones²⁹⁶”. Alguns autores trataram de tentar criar um meio-termo entre a teoria da relação e da situação jurídica, o que não é aceito por Goldschmidt²⁹⁷.

A principal característica da teoria da situação jurídica, elogiada por Calamandrei é a sua vinculação a um processo de tipo dispositivo²⁹⁸, correspondente a uma concepção individualística e liberal do Estado. Em face do processo inquisitório, o princípio dispositivo representa uma espécie de autogoverno democrático do cidadão livre e responsável de suas ações²⁹⁹. A sentença representaria, na perspectiva de Goldschmidt um reflexo das imagens que podem ser recolhidas da situação processual, não podendo o juiz modificá-la, pois está o processo afeito a um regime dialético e agonístico no qual as partes pretendem convencer o juiz de suas argumentações³⁰⁰. De uma maneira geral, as críticas a

²⁹⁵ Por exemplo, Jimenez Asenjo reúne um conjunto das principais críticas atribuídas a Goldschmidt, que foram trabalhadas no curso da exposição, ligando-se ora a um autor, ora a outra. Assim entende o autor que podem ser tratadas nos seguintes blocos: 1. considera o processo como um fenômeno real perdendo o sentido próprio das categorias processuais e vigor como entidade jurídica; 2. usa uma terminologia (expectativas, possibilidades, cargas) alheia e inadequada ao processo, cujos conceitos básicos são direitos, deveres e obrigações. 3. O conceito de situação jurídica desliga as partes entre si, carecendo de nexa jurídico, a não ser a respeito do atuar em sua própria conveniência. JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*. v. I.

²⁹⁶ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. p. 10.

²⁹⁷ “Tampoco merece nuestra aquiescencia la tentativa de combinar las teorías de la relación y de la situación procesal acudiendo a la tesis de que la relación jurídica procesal se desenvuelve en situaciones, puesto que la situación procesal no es una situación de la relación pública abstracta, sino del Derecho material”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 61.

²⁹⁸ Para Calamandrei o processo inquisitório, no qual as partes são consideradas apenas como instrumentos para satisfazer o interesse público corresponde a uma concepção paternalística e autoritária do Estado: o juiz pode tudo, os interesses individuais não tem valor, as partes, assim como as testemunhas, têm a obrigação de dizer a verdade ainda que contra si mesma, e o conflito de interesses não possui mais nenhuma relevância, por que relevante é somente o interesse do Estado; deste dito totalitarismo processual não faltaram, nos últimos anos da Alemanha nazista, exaltações de propagandas camufladas de tratados científicos, nos quais zelosos apologeticos propunham o cancelamento do vocabulário processual as expressões ‘partes’ e ‘controvérsia’, porque em um regime no qual até mesmo os juizes serviam para somente satisfazer o interesse do Estado, não poderia surgir mais entre os súditos algum dissenso, os quais eram obrigados a estar sempre de acordo com o querer que vencesse a justiça, isto é, o Führer, eterno vencedor. CALAMANDREI, Piero. *Un Maestro di Liberalismo Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 02.

²⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Un Maestro di Liberalismo Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 02.

³⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. *Un Maestro di Liberalismo Processuale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 05.

Goldschmidt, nas palavras de Calamandrei resumem-se à necessidade de se considerar as instituições processuais, por aquilo que a lei deve ser não podendo servir como instrumento de injustiças. A teoria da situação jurídica seria assim, uma interessante análise sociológica de caráter metajurídico³⁰¹.

A teoria da situação jurídica seria o ápice de um processo acusatório, perdendo toda a sua vitalidade em um regime do tipo inquisitorial³⁰². Segundo Calamandrei, para haver justiça não basta ter razão, mas é preciso fazê-la valer, isto é, conhecer e saber manobrar a técnica no curso das situações jurídicas. No processo não existe distinção entre ciência e técnica: a técnica é elemento da construção dogmática. Esta é a realidade do processo de tipo dispositivo³⁰³. Esta percepção do processo perde todo o seu sentido quando se depara diante de um processo de tipo inquisitório, em que existem poderes instrutórios *ex officio*, prevalecendo os interesses do Estado sobre o homem, considerado como coisa e não sujeito³⁰⁴. Como diria Cordero, “la fenomenología acusatoria pertenece al universo explorado por James Goldschmidt”³⁰⁵. O sistema acusatório tem como uma de suas maiores vantagens garantir um espaço psíquico ao acusado³⁰⁶.

As críticas ao princípio dispositivo, que acarretaria uma diminuição nos poderes do juiz são absolutamente inadequadas³⁰⁷. Aqui é que se dá um salto para longe da possibilidade, inerente à teoria da relação jurídica, da atividade instrutória do juiz,

³⁰¹ CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 05. Também Cf ALLORIO, Enrico. Ancora: il Sistema del Carnelutti. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. p. 61.

³⁰² Destaca calamandrei que Goldschmidt com a sua situação jurídica é bem sucedido ao contruir uma teoria que apesar de rigorosamente jurídica, é, todavia mais aderente à realidade viva do processo de tipo dispositivo, no qual a aleatoriedade sobre as partes não é de se considerar uma degeneração patológica e excepcional que possa ser negligenciada em uma reconstrução dos institutos processuais *secundum ius*, mas é própria uma expressão essencial e característica do princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar ‘*secundum allegata et probata*. CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 06.

³⁰³ CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 06.

³⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 06.

³⁰⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000. p. 87.

³⁰⁶ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 47.

³⁰⁷ Para Calamandrei quando os velhos práticos aproximando o processo ao contrato falavam de contrato judicial, diziam coisa não muito distante daquela que se diz hoje, quando se reconhece que no processo de tipo dispositivo as partes, valendo-se da escolha da possibilidade oferecida pela lei processual, podem endereçar os poderes do juiz e influenciar sobre o conteúdo da sua sentença com efeitos não menos penetrantes do que aqueles que poderiam derivar do exercício dos poderes negociais. CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. p. 07.

reproduzindo um modelo de busca da verdade material próprio do modelo inquisitorial³⁰⁸. Beling adverte que o princípio inquisitivo é uma categoria própria da cultura pandectística (justamente onde a teoria da relação jurídica busca seus fundamentos). Ao permitir ao juiz a atividade persecutória, a imparcialidade é perdida³⁰⁹.

Emilio Ondeí, ao analisar o ensaio mencionado de Calamandrei vem a criticar a teoria da situação jurídica e sua importância para a estruturação de um processo democrático³¹⁰. Como conclui Guarneri a noção de situação jurídica é indubitavelmente necessária³¹¹. Uma importante categoria do pensamento de Goldschmidt deve ser analisada antes do fechamento do presente tópico. Trata-se do conceito de carga e a sua relevância para os sistemas processuais, objeto de análise no capítulo subsequente.

1.3.3.2.1 Carga e Processo Penal

A carga da prova como advertido por Lopes Júnior, não pode ser tratada da mesma forma no processo civil e penal³¹². Em face do princípio do *in dubio pro reo*, não há um equilíbrio entre as partes no sentido do livramento de cargas assim como na necessidade de aproveitamento das chances processuais.

³⁰⁸ Cordero, sobre Goldschmidt salienta que o autor alemão ao trabalhar a partir de sua ‘situação jurídica’ (caleidoscopicamente mutável) operaria seus efeitos mediante movimentos unilaterais: por exemplo, o imputado renuncia à determinada prova. Tais práticas implicariam uma ‘competência dispositiva’ análoga à autonomia privada: onde as partes regulam os respectivos interesses o juiz se torna mero expectador. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 195.

³⁰⁹ “Según el principio inquisitivo, vigente en el proceso penal pandectista, el tribunal podía conocer espontáneamente, ex officio, de cualquier asunto penal. Este sistema tiene el inconveniente de que el juez resulta interesado en la persecución, lo que le puede hacer perder, por ser a la vez adversario y señor del inculpado, la imparcialidad”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 64.

³¹⁰ Como aponta Ondeí seria sobre a base de tal ideologia que se conduziria a exaltar como maestro Goldschmidt, que afirma que ‘tal direito pode prosperar senão sobre o plano do liberalismo, e próprio dos países que, para o cúmulo da ironia, com seu incontestado primado dos juristas de cátedra, conheceria as maiores aberrações legislativas autoritárias que ciraram a catástrofe do direito, para além da catástrofe da guerra’. ONDEI, Emilio. Liberalismo o Autoritarismo Processuale? *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 180.

³¹¹ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 227.

³¹² “¿Cabe, para tanto, un traslado sin más de la categoría de carga de la prueba en el proceso civil al proceso penal? No. Y ello, fundamentalmente, porque los dos intereses señalados no son parciales; antes bien, tienen un mismo titular. En el proceso penal, pues, lo que se trata de dilucidar es cuál de aquellos dos intereses debe prevalecer, o dicho de otro modo, entre los daños posibles que puede acarrear la falta de prueba, cuál de los dos posibles (condena de culpable o absolución del inocente) debe ser incondicionalmente evitado”. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 252.

Igualmente, enfrenta o processo penal extremo prejuízo quando se está diante de um processo inquisitório, no qual o juiz toma atitudes instrutórias. Esta atitude do magistrado que poderá desenvolver o que Cordero denominou de quadros mentais paranóicos se torna incompatível com o princípio da imparcialidade, como adverte Rosenberg³¹³. Rosenberg inclusive amplia a perspectiva de Goldschmidt, afirmando que o problema da carga da prova é um problema do próprio direito³¹⁴. Por carga da prova Rosenberg entende uma espécie de “obrigação” de provar³¹⁵. Da mesma forma que Goldschmidt, Rosenberg entende a carga da prova como o perigo da perda do processo³¹⁶.

Tendo em vista o princípio da presunção ou estado de inocência, à acusação caberá livrar-se da carga que lhe recai. Ao acusado não caberá provar absolutamente nada. É falsa a idéia comumente ventilada na doutrina e respaldada pelo art.156 do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual recepciona que o ônus da prova caberá a quem a alegar³¹⁷. Demais disso se tem sustentado a idéia de que à acusação tão somente competiria demonstrar a tipicidade do fato. Nada mais equivocado³¹⁸. O fato penal é apenas tripartido mediante um esquema analítico para melhor compreensão dos fenômenos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Como afirma Jardim, “a ilicitude ou culpabilidade devem ser depreendidas das circunstâncias do fato principal, narradas necessariamente na peça acusatória, sendo ônus do autor provar suficientemente a existência destas circunstâncias que afirmou”³¹⁹.

³¹³ “El problema de la carga de la prueba no puede surgir, cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal está firmemente convencido de la verdad o falta de verdad de las afirmaciones discutidas, sea que esta convicción es el resultado de una recepción de prueba o que se ha llegado a ella teniendo en cuenta el conjunto de los debates”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 23.

³¹⁴ “La doctrina de la carga de la prueba es una parte de la teoría de la aplicación del derecho; sólo el principio de la distribución de esta carga debe deducirse del modo de la aplicación del derecho sino que también deben serlo los detalles de la distribución, a menos que éstos estén aclarados ya mediante una norma expresa sobre la carga de la prueba o mediante una presunción legal”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 27.

³¹⁵ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 36.

³¹⁶ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 36.

³¹⁷ Nesse sentido Lopes Júnior: “no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. p. 502.

³¹⁸ “Que el imputado no tiene – ni, por lo tanto, se le puede imponer – la carga de probar su inocencia (ni de las circunstancias eximentes o atenuantes de su responsabilidad penal que pueda invocar); y que se la acusación no se le prueba fehacientemente por obra del Estado, el acusado debe ser absuelto”. CAFERRATA NORES, José I. *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007. p. 83-84.

³¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. p. 214.

Esta também é a posição de Rosenberg³²⁰. Da mesma forma Sentís Melendo assevera que “no es la defensa del acusado la que debe aportar la prueba de que no existen agravantes; ni tampoco la que ha de probar su irresponsabilidad. Es la acusación la que debe probar su responsabilidad y las agravantes”³²¹. Como se vê, a carga da prova, para os autores familiarizados com uma ótica democrática do processo, fica a cargo da acusação, integralmente³²².

Todavía, Rosenberg admite a validade da aplicação da teoria da carga mesmo em processos do tipo inquisitorial³²³. Esta é a chamada carga objetiva, correspondente à disposição das normas processuais sobre a comprovação da “verdade” a ser buscada mediante as provas³²⁴. Entretanto, assim como Goldschmidt, reconhece que quanto à carga subjetiva, esta tão somente poderá ocorrer em um processo de índole dispositiva³²⁵. A carga

³²⁰ “En el proceso penal, debe probarse en contra del acusado no sólo la existencia de todos los elementos constitutivos de culpa sino también la no existencia de todos los factores capaces de excluir la culpa o la pena, es decir, todos estos hechos corresponden a la carga de la certeza del fiscal; por consiguiente, cuando en un proceso penal se trata de legítima defensa, debe constar positivamente su no existencia para que pueda condenarse al reo; si el tribunal duda de que el reo haya actuado o non el legitima defensa, debe absolverlo. En cambio, en el proceso civil, los presupuestos de la legítima defensa pertenecen a la carga de la certeza del demandado de quien se reclama el resarcimiento del daño, porque frente a la demanda fundada en el §227, BGB, para que se reconozcan las consecuencias de la legítima defensa. Por lo tanto, si el demandado alega que cometió el acto nocivo en legítima defensa, debe constar en su favor, que ha actuado em legitima defensa. La demanda por daños y perjuicios no se rechaza – como se rechaza la pretensión de pena del Estado – cuando existen dudas acerca de la legítima defensa sino que sólo se la desestima cuando consta positivamente la existencia de esta última”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 44-45.

³²¹ SENTÍS MELENDO, Santiago. *In Dubio Pro Reo*. Buenos Aires: Europa-América, 1971. p. 67.

³²² “Al procesado no le obliga entrar a demostrar las causales que invoca a su favor; de hecho le corresponde al Estado probarlas o desvirtuarlas, según el caso, y ante la duda de su existencia debe optar por reconocerlas. Así, por ejemplo, se plantea causal de justificación en su favor, no le obliga al procesado demostrar la existencia de la eximente; en efecto, conforme al principio de la presunción de inocencia, es al Estado al que le corresponde constatar o desvirtuar la justificante, y debe tenerla como cierta si no logra probatoriamente corroborarla o descartarla, sin que pueda ser rechazada por no haberse recaudado prueba que respalde el planteamiento defensivo del acusado”. SUÁREZ SANCHEZ, Alberto. *El Debido Proceso Penal*. 2 ed. Bogotá: Universidad de Colombia, 2001. p. 160.

³²³ “Admitimos una carga objetiva de la prueba también para el proceso penal. En efecto, el dominio de la máxima inquisitiva no impide absolutamente la existencia y la eficacia de las normas sobre la carga de la prueba; pues también en un procedimiento así estructurado puede ocurrir – en la opinión de algunos, hasta con más frecuencia que en un procedimiento regido por la máxima dispositiva -, que un hecho importante no se compruebe como verdadero”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 45.

³²⁴ Posição semelhante será defendida por Fenech, para quem “el principio inquisitivo del proceso, en cuanto establece el deber de probar respecto de los sujetos públicos del proceso, no impide, finalmente, que exista carga de la prueba respecto de las partes privadas; em primer término, por cuanto a pesar de este deber no puede esperarse que siempre se llegue a obtener pruebas convincentes por los titulares del órgano jurisdiccional o las partes públicas, de modo que esta falta de convicción sobre un hecho no llegó a producirse, se producirá para quien alegó la norma cuyo supuesto facticio coincide con este hecho, el resultado desfavorable de la no aplicación de la norma jurídica alegada”. FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. 3 ed. Madrid: Agesa, 1978. p. 94.

³²⁵ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 46.

objetiva deverá ser suportada pela acusação, nos termos de Rosenberg, na medida em que as características definidoras do fato punível deverão ser objeto da acusação³²⁶. Assim sendo, não se pode esquecer que quanto aos fatos a ser demonstrados toda a carga da prova recairá sobre o Ministério Público. Com relação à carga subjetiva, que se assemelha ao imperativo de interesse próprio goldschmidtiano, não existe possibilidade de fazê-la valer em um processo de espécie inquisitório. Isto porque a concentração das atividades nas mãos do julgador não permitirá ao acusado praticar ato algum que lhe remeta a um benefício, uma vez que a verdade se encontra depositada nas mãos do magistrado³²⁷. Como afirma Rosenberg, “también en el proceso penal, la forma contradictoria tiene por objeto inducir al acusado a que aporte el material de hecho que le es favorable; pero el fracaso de esta prueba de descarga no basta, por sí solo, para su condena”³²⁸. A oportunidade de praticar um ato processual e obter assim alguma vantagem se dá naquilo que Rosenberg denominou de carga subjetiva e esta, o acusado, relativamente à sentença vindoura, não pode desprezar. Aqui, o não aproveitamento do ato, do ponto de vista da carga objetiva (prova dos fatos), não muda o panorama processual. Continua o Ministério Público como ator a suportar a prova dos fatos típicos, ilícitos e culpáveis³²⁹.

O que desaparece num processo inquisitório é a carga subjetiva, sendo a objetiva³³⁰ assumida pelo juiz³³¹. Para Goldschmidt, a carga da defesa (subjetiva para Rosenberg) se converte em menos perfeita quando o juiz investiga de ofício³³². Carga formal, para

³²⁶ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 54.

³²⁷ “El concepto de derecho procesal al que me adherí en la primera edición de este libro se funda en la reflexión de que el principio de la carga de la prueba es un principio procesal, que sólo en el proceso existe la prueba y que la actividad probatoria de las partes hasta presupone un procedimiento determinado, esto es, un procedimiento en el cual rige la máxima dispositiva”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 99.

³²⁸ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 119.

³²⁹ Por isso inadmissíveis inversões da carga probatória como o in dubio pro societate na fase de pronúncia do Tribunal do Júri, decisões do tipo “álibi invocado e não provado inverte o ônus da prova”, “recusa a exame pericial inverte o ônus da prova”, etc.

³³⁰ “Según Goldschmidt, se puede decir que la carga formal de prueba regula la relación entre las partes y el juez, dispensando a éste de informarse de oficio y de practicar las diligencias necesarias para la averiguación de la verdad”. GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. p. 123.

³³¹ “Esta estructura contradictoria del proceso es la misma cosa que la llamada forma dispositiva, que da al procedimiento la forma de una discusión, de un litigio entre dos partes con intereses opuestos, y que, contrariamente al modo inquisitivo del proceso penal antiguo, rige en el proceso penal moderno como llamada forma acusatoria”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 118.

³³² Segundo Quagliarini a prevalência dos poderes inquisidores do juiz exclui a existência em âmbito probatório de um poder dispositivo das partes, mas não certamente a operatividade de uma regra de juízo sobre a decisão do fato incerto. QUAGLIARINI, Corrado. In Tema di Onere della Prova nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xli. v. 4, 1998. p. 1261.

Goldschmidt seria aquela necessidade de produzir provas e é imanente ao sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo. Material seria aquela relativa ao interesse da própria parte, já que sua comprovação traria à parte contrária, em tese, um prejuízo. Goldschmidt, diferentemente de Rosenberg, entende que mesmo num sistema inquisitório haveria a carga material de prova. No entanto, a importância desta carga aumentaria conforme o incremento do princípio dispositivo³³³.

As cargas perfeitas, de acordo com o pensamento de Goldschmidt, aduzem conseqüências de ofício. Por seu turno, as cargas menos perfeitas dependem da discricionariedade judicial³³⁴.

Parece que a razão se encontra com Rosenberg. Num primeiro momento, é perfeitamente concebível que o acusado tenha o interesse, mesmo num sistema inquisitorial, em demonstrar a sua inocência. Todavia, em um regime no qual impera a verdade material e os poderes instrutórios do juiz, qual a possibilidade de influência psicológica no juiz? Convencido de sua verdade, naturalmente as hipóteses primam sobre os fatos (Cordero). A importância de um aporte de prova é mínima para não dizer nulo. Com efeito, não existe uma significativa carga processual subjetiva nesta espécie de processo.

A teoria da carga da prova é uma importante ferramenta de análise dos sistemas processuais. Afeita ao processo acusatório, sua importância decresce conforme aumentem os poderes judiciais. Cabe a Goldschmidt ter trazido à tona esta preocupação, o que posteriormente foi lapidado por Rosenberg.

A seguir, abandonando-se o exame da teoria da situação jurídica encaram-se agora algumas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do processo. Começa-se com a chamada teoria do processo como instituição.

1.3.4 Couture, Guasp, Fairén Guillén - o Processo como Instituição: da insuficiência do conceito de instituição para abarcar a complexidade das formas processuais

³³³ GARCÍA RAMIREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. p. 20.

³³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 99-100.

No presente tópic, passa-se ao exame do processo como instituição. Trata-se de uma proposta que encontrou repercussão em alguns doutrinadores, que desconfiavam tanto da posição de Bülow, do processo como relação jurídica quanto das críticas de Goldschmidt, encabeçadas em direção contrária a de Bulow e alavancadas sob o mote da situação jurídica. Quanto à primeira corrente, a crítica que se pretendia fazer sob o pálio da teoria da instituição tratava principalmente da circunstância de a multiplicidade de relações jurídicas dever ser reduzida a uma unidade superior, que não pode ser resumida sob o pálio da relação jurídica complexa³³⁵. Com relação à segunda, a assistemática e a anticientificidade que lhe eram atribuídas resume satisfatoriamente o recurso a uma nova explicação do processo, a instituição³³⁶.

Antes de ingressar propriamente na temática a ser enfrentada, é preciso advertir-se que o conceito de instituição, tal como empregados por Guasp e pelos demais autores aqui expostos, parte da tradicional doutrina francesa do direito como instituição, que possui em Hauriou, Renard e Gurvitch seus maiores defensores ou ainda, na monumental obra de Santi Romano sobre o ordenamento jurídico um exímio arquiteto.

Preliminarmente, deve-se atentar para a posição de Guasp sobre o significado de processo. Para o pensador espanhol, o processo deve ser entendido não apenas de maneira tradicional, enquanto avanço, seqüência, caminho – em suma, a idéia de *pro cedere*. Mas também em sua vertente de invisibilidade, de hiância, de *cedere pro*. Para Guasp, se torna cristalina a insuficiência do conceito de processo como vetor para a atuação do direito. Definitivamente, para o autor, se trata de uma idéia equivocada e incompleta³³⁷. Da mesma maneira, a oposição usual à concepção do processo como instrumento de realização do direito objetivo – o processo como mecanismo de tutela de direitos subjetivos também não merece acolhimento³³⁸.

No primeiro caso o processo como uma série de atos ou como mera realização do direito objetivo encontra uma lacuna fundamental. Como explicar os inúmeros casos em

³³⁵ GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 39.

³³⁶ “Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea ésa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad”. GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 39.

³³⁷ Cf GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 12.

³³⁸ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 13.

que se dá violação a alguma norma e nem por isso existe o processo? Para Guasp, o conceito de tutela ou proteção é inexato. Em seu lugar deveria ser empregado o conceito de atuação. A justificativa para tanto é a de que no processo não se procura otimizar uma proteção qualquer senão uma proteção específica, que consiste em colocar em prática ou executar justamente aquilo que se deseja proteger³³⁹.

De maneira semelhante à concepção do processo como realização do direito, Guasp leva adiante a crítica à teoria do processo como proteção de direitos subjetivos. Guasp afirma que o conceito de direito subjetivo deve ser substituído pelo de pretensão³⁴⁰. O fundamento adotado para esta sustentação reside na circunstância de que é possível a existência de um processo sem um único direito subjetivo, enquanto que se torna inadmissível um processo ausente a pretensão³⁴¹. De toda forma, mesmo que se conceba a existência de um processo em que é possível reconhecer-se o amparo de um direito subjetivo, a discussão processual que possa se dar em virtude de um direito subjetivo apenas pode se dar movida por uma pretensão, dentro dos limites determinados por esta³⁴².

Todavia, continua Guasp, isso não significa que o conceito de pretensão substitua o de direito subjetivo³⁴³. O processo não pode mover-se motivado por uma pretensão juridicamente inexistente ou infundada. As pretensões devem estar pelo menos, adequadas ao direito objetivo. Assim, pode-se definir o processo como um instrumento que tem por finalidade a “atuação de pretensões conformes ao direito objetivo”³⁴⁴. Desta maneira, o processo resta definido como “una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de

³³⁹ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 15.

³⁴⁰ “A diferencia del derecho subjetivo, la pretensión no es un poder sino un acto; en la significación con que aquí se emplea, se trata de un concepto puramente procesal que no tiene sentido antes o fuera del proceso; así como el derecho subjetivo existe preprocesalmente y vive con independencia del proceso mismo, la pretensión de que ahora tratamos no se concibe sino en función de la institución procesal. GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 15.

³⁴¹ “Si el proceso tiene por finalidad definidora, en términos generales, el conseguir que por órganos específicos llamados Tribunales, se atienda y decida una reclamación de parte, las diferencias internas dentro de esta noción general, vienen sólo proporcionadas por las clases de normas en que se apoyan, mediante la invocación correspondiente, las pretensiones objeto de cada uno de los tipos de procesos que existen”. GUASP DELGADO, Jaime. La Justicia Constitucional en España. *In Revista de la Facultad de Derecho de México*. t. X. ns. 37-38-39-40. p. 206.

³⁴² GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 15.

³⁴³ “El proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones”. GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 33.

³⁴⁴ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 16.

una pretensión conforme con el derecho objetivo”³⁴⁵. Esta sucessão de atos destinados à atuação de uma determinada pretensão conforme ao direito objetivo não é, contudo, suficiente para configurar o processo. É necessário que a atuação da pretensão seja realizada pelo Estado. O poder estatal para que se realize esta função denomina-se jurisdição. Enquanto o processo é a atuação de pretensões pelo Estado, a jurisdição se caracteriza pelo poder estatal de realização de tais pretensões³⁴⁶.

Se o processo pode ser descrito como a realização de uma pretensão, nos dizeres de Guasp, se torna fácil a conclusão de que o objeto do processo é esta mesma pretensão a ser realizada via Estado pelo poder jurisdicional³⁴⁷. O objeto da atividade processual consistiria, então, na “declaración de voluntad por la que un sujeto pide o solicita del órgano jurisdiccional una determinada conducta frente a otra persona distinta y determinada”³⁴⁸. A exigência da existência de uma pretensão, em todo processo, acarreta a necessidade de que alguém a peça ou a solicite. O processo surge assim, constituído como algo dependente da manifestação de vontade de alguma das partes³⁴⁹. E com isso a pretensão, constituindo o objeto do processo, determina os limites deste³⁵⁰. Com isso quer-se dizer que a pretensão impõe os limites mínimos e máximos os quais devem ser respeitados pelo Estado, quando de sua decisão, que teria o escopo de fazer atuar a pretensão. E atuar significa, para o autor, precisamente verificar, cumprir, realizar o exigido pela pretensão³⁵¹.

Assim, postas as bases do pensamento de Guasp, é hora de enfrentar a temática do processo como instituição, que para o pensador espanhol é a verdadeira natureza do processo. Guasp inicia refutando a tese privatística do processo que o equipara ao contrato. Obviamente e como é cediço, a principal objeção a esta tese se encontra no fato de que a

³⁴⁵ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 17.

³⁴⁶ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 19.

³⁴⁷ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 20.

³⁴⁸ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 20.

³⁴⁹ Esta conclusão pode ser extraída da seguinte afirmação de Guasp: “si la dualidad pretensión-decisión no fuera sustancial al concepto del proceso no se explicaría la existencia de dos órganos del Estado en un mismo proceso. GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 21.

³⁵⁰ “La pretensión ha de concebirse asimismo en sentido jurídico; no como una queja cualquiera, sino determinada; como una reclamación formalmente dirigida por un miembro de la comunidad frente a otro ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerla”. GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. p. 33.

³⁵¹ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 23.

necessária presença do Estado bem como a submissão das partes ao teor decisional emanado daquele impossibilita se possa falar em contrato entre as partes³⁵².

Da mesma maneira, a idéia do processo como quase-contrato também resulta para Guasp inaceitável. A teoria do quase-contrato, que ganhou corpo principalmente na França, determina uma relação jurídica senão igual ao menos semelhante ao contrato. A diferença consistiria na circunstância de o contrato exigir um consentimento expresso, enquanto que no quase-contrato tal elemento estaria consubstanciado numa vontade presumida, expressada pela manifestação unilateral de uma das partes ou até mesmo tácita. A mesma ressalva feita para o processo como contrato pode ser transportada para a teoria do processo como quase-contrato. Não há que se falar de elemento volitivo para a caracterização da natureza jurídica do processo. A constituição do processo, embora imprescindível a ação de uma das partes no sentido de mover o processo via pretensão, não qualifica, desde já e aprioristicamente, tais elementos subjetivos como o vértice do processo. A necessária presença do Estado e a sua função jurisdicional impedem a equiparação da relação jurídica àquela privada, própria da teoria dos negócios jurídicos.

Seguindo na análise da natureza jurídica do processo, Guasp enfrenta a teoria de Bülow do processo como relação jurídica. A principal crítica apontada pelo processualista espanhol diz respeito à questão dos direitos e deveres entre as partes processuais. Em primeiro lugar, seria questionável a existência de verdadeiros direitos e deveres processuais entre as partes. Para Guasp, a obrigação de o juiz examinar a demanda trazida à sua apreciação reside não no aspecto meramente processual. Do contrário, esta obrigação é de natureza pública³⁵³. Não nasce, para o autor, um direito processual frente ao juiz; nem possui, em relação ao demandado, direito frente a este, já que o que existe no processo não é concebido como ônus, mas tão somente como carga.

Guasp também tece críticas à teoria da situação jurídica de Goldschmidt³⁵⁴. Para Guasp, Goldschmidt peca por radicalizar em demasia a negação da existência de pelo

³⁵² GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 30.

³⁵³ Pode-se afirmar que a obrigação de o juiz conhecer da demanda é antes, uma obrigação constitucional, o que vem esculpido na Carta Magna brasileira no art. 5º, XXXV.

³⁵⁴ Dentro da teoria da instituição, há autores que ao contrário de combiná-la com a teoria da relação jurídica, tratam de tentar compatibilizá-la com o pensamento de Goldschmidt. Assim “perfectamente compatibles la teoría institucional, que determina la naturaleza jurídica del proceso abstractamente considerado, y la teoría de la situación jurídica, que descubre la realidad de los nexos que en el proceso se produzcan”. VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. p. 13.

menos alguns direitos processuais como, por exemplo, o dever de não faltar com a verdade em suas alegações, de não agir dolosa ou negligentemente, de colaborar com o juízo, o dever da testemunha em prestar seu depoimento, etc. Para Guasp é possível realizar-se a crítica da teoria da relação jurídica, mesmo reconhecendo com isso, a existência de direitos e obrigações processuais, juntamente com cargas processuais. O processo acaba sendo concebido não como uma relação jurídica, mas composto de várias relações jurídicas que uniriam os sujeitos processuais. O problema para Guasp situa-se no fato de que este conjunto de relações jurídicas que unificaria uma série de elementos processuais, enquanto conceito jurídico, metodologicamente, deixa a desejar por não conseguir unificar e sintetizar sob uma única categoria, o complexo de relações jurídicas existente no processo. Guasp concebe a necessidade de se elaborar outra concepção de processo para poder sistematicamente, encaixar sob um manto teórico mais uniforme e tecnicamente coerente, a natureza do processo³⁵⁵. Surge assim, a tese do processo como instituição jurídica.

A teoria da instituição jurídica, partindo Guasp da refutação da concepção goldschmidtiana da situação jurídica e da insuficiência da teoria de Bülow, não pode, preliminarmente, ser confundida como uma mera conjunção de atos interligados por uma finalidade em comum. A teoria da instituição jurídica de Guasp parte de dois elementos fundamentais. O primeiro é a idéia objetiva que se situa externamente à vontade dos sujeitos³⁵⁶. O segundo elemento é o conjunto destas vontades que se ligam à idéia objetiva para obter êxito nesta realização³⁵⁷. Esta idéia objetiva comum que une as partes processuais é a atuação ou denegação da pretensão.

O processo como instituição jurídica é concebido como uma realidade jurídica permanente³⁵⁸. Enquanto os processos concretos nascem e se extinguem diariamente, a idéia de processo perdura ao longo dos anos. A atuação estatal se mantém, portanto. Esta instituição não está determinada, objetivamente, pela vontade das partes que agem processualmente. É a significação de uma idéia unificante e motivadora das partes que

³⁵⁵ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 34-35.

³⁵⁶ “La institución se compone, pues, de los elementos fundamentales: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y que es, en este caso, la actuación o denegación de la pretensión, y el conjunto de voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización, que son, en este caso, las voluntades de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común objetiva crea una serie de vínculos de carácter jurídico también”. VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro Aragoneses. *Curso de Derecho Procesal Penal*. p. 10.

³⁵⁷ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 36.

³⁵⁸ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 36.

determina o caráter objetivo do processo. Com isso, as partes se quedam subordinadas, submetidas. As partes processuais se subordinam à idéia motriz de processo.

Por seu turno Couture, que também aderiu por bom tempo à natureza jurídica do processo como instituição, faz questão de fazer uma espécie de identificação dos possíveis usos lingüísticos do vocábulo instituição, que semanticamente, ao longo dos anos, padeceu de forte anemia sígnica (Barthes), o que levou o mesmo a alguns excessos, atropelos, mal entendidos. Para Couture, o processo pode ser entendido como instituição se por instituição se entender o fenômeno de organização, criação, instituto, tais qual a empresa, a família, o Estado³⁵⁹. Trata-se da acepção mais fundamental e primeva da palavra. Neste sentido, o processo vem a ser concebido como “un complejo de actos, un método, un modo de acción, unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin”³⁶⁰.

O pensador uruguaio demonstra ainda a existência, concomitante a esta acepção, de outra que desvela o processo como uma categoria mais sociológica que jurídica, que acentua a primazia dos interesses e valores sociais perante os individuais. A esta acepção, segundo Couture, pertencem os conceitos de instituição de Hauriou e Santi Romano, por exemplo³⁶¹. Tais configurações do conceito de instituição podem engendrar perigosas armadilhas teóricas que, uma vez politicamente direcionadas, poderão dar ensejo a guinadas axiológicas do processo, consoante a aproximação do sistema político à democracia ou ao totalitarismo. Não há dúvidas de que esta última expressão do conceito de instituição deixa margens muito abertas para que se possa manusear e legitimar o processo num instrumento de direcionamento de políticas repressivas como as atualmente em voga. E com isso configura-se uma base sólida para que o gradativo processo de erradicação do estranho, levado a cabo durante a modernidade, continue sua senda, na procura ininterrupta pela segurança há muito perdida.

Retornando ao pensamento de Couture, este segue de perto as conclusões de Guasp, de quem se aproxima bastante, ao menos em sua fase mais antiga de submissão quase irrestrita à teoria da instituição. Couture acentua que a acepção de instituição aplicada ao processo, a exemplo de Guasp, dá origem a uma realidade jurídica permanente, pouco importando a existência de processos concretos que nascem e se extinguem diariamente.

³⁵⁹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 117.

³⁶⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 117.

³⁶¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 117.

Igualmente, o processo, em se admitindo o acerto desta acepção do vocábulo instituição é conduzido a possuir um caráter objetivo, por não se restringir ou limitar às vontades individuais em jogo a cada processo concreto; o processo está situado num plano superior ou hierarquicamente acima das partes, o que denota uma característica de desigualdade; o processo não pode ser modificado pela vontade das partes; o processo se adapta às necessidades de cada momento³⁶².

O próprio Couture relata que abandonou a concepção do processo como instituição pelo fato de que tais características, como as demonstradas por Guasp, gerarem poucos efeitos no plano da dogmática. Em segundo lugar, Couture demonstra a preocupação para com o aperfeiçoamento do termo instituição, que deveria ser utilizado apenas em sua primeira acepção, pelo fato de que poderia, sem dissonância, ser utilizado em conjunto com a teoria da relação jurídica.

Fairén Guillén parte da concepção de Guasp de que o processo é um instrumento de satisfação de pretensões. Contudo, no entender de Guillén, Guasp não desenvolveu de forma suficiente tal circunstância. Para Guasp, haveria satisfação da pretensão mesmo que fosse negada ao pretendente, o que de fato acarretou a insustentabilidade de se afirmar a satisfação a favor do vencido³⁶³.

O autor critica Guasp por se vincular à idéia de uma satisfação de pretensões, olvidando-se da ação, conceito anterior ao de pretensão. Considerando a ação como direito a provocar a atividade jurisdicional dos tribunais, desaparece o problema da satisfação do vencido³⁶⁴.

Fairén Guillén diferencia satisfação em duas acepções: como atuação dinâmica e como *status termini*. No primeiro sentido, a satisfação jurídica é a consecução e obtenção prática de uma situação de coisas equilibrada e favorável a um sujeito nos seus interesses jurídicos, mediante uma atuação jurisdicional, através do cumprimento efetivo da norma. Na segunda versão, considera-se o desaparecimento do processo e configura-se no equilíbrio de situações jurídicas, no seio de um ordenamento social e jurídico³⁶⁵.

³⁶² Todas estas são idéias lançadas por Guasp, de quem Couture retira suas principais conseqüências. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 117.

³⁶³ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. In *Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. n. I. Madrid, 1969. p. 22.

³⁶⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. p. 23.

³⁶⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. p. 24.

Na satisfação, concorrerem três agentes: o sujeito descontente, o juiz (*satisfactor*) e aquele contra quem é dirigida a satisfação (*satisficente*). Com relação aos caracteres componentes da satisfação, Guillén estabelece que é jurídica (correspondência a uma norma do ordenamento), juridicamente equilibrada (aplicação correta das normas jurídicas), favorável a um dos sujeitos que ocupam a posição de parte, objetiva³⁶⁶, arrazoada (fundamentada³⁶⁷), completa-incompleta (completa se a sentença leva em conta todas as circunstâncias de fato ou de direito e incompleta na falta de alguma dessas), estável (mediante a coisa julgada), prática ou real (capaz de proporcionar mudança da realidade), aparição evolutiva (desde a primeira insatisfação de ordem subjetiva – estágio psicológico) até a plena satisfação jurídica levada à prática, sendo produzida uma evolução considerável³⁶⁸.

A satisfação se obtém paulatinamente, mediante o recurso a um duplo sistema: a) consecução de efeitos processuais através dos atos das partes e do juiz; b) obtenção do efeito material pretendido. “En resumen ‘admisibilidad’ y ‘fundabilidad’ de los actos procesales, significan, dos grados de satisfacción; el primero de tipo predominantemente procesal; el segundo, material, con sus antecedentes procesales”³⁶⁹.

Resumidamente, Guillén explica que a obtenção da satisfação passa por três estágios dinâmicos: o primeiro, de tipo processual, trata-se de criação de situações jurídicas (expectativas, cargas), de admissibilidade em sentido processual, não possuindo estabilidade. Posteriormente, entra em cena a satisfação de tipo material (sentença) que dispõe sobre a fundamentabilidade das situações postas à dinâmica processual. Com a coisa julgada, agregam-se os efeitos preclusivos³⁷⁰. No caso específico do processo penal existem

³⁶⁶ “La satisfacción como estado de paz justa procesal, es subjetiva, amparada en este tracto por la norma jurídica; el hecho de que sea perturbado este estado de satisfacción produce la insatisfacción, que se objetiviza, se manifiesta en relación con una norma jurídica objetiva, que en sí ha sido impotente para defenderla; devenida de nuevo satisfacción (para uno u otro o para ambos) por el hecho de que se acurde solemnemente y se ordene su puesta en práctica, la satisfacción torna a subjetivizarse”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. p. 28.

³⁶⁷ “Hemos dicho que la satisfacción procesal debe corresponderse con una norma del Ordenamiento jurídico, creada a priori, o que se crea ad hoc. Pero actúa sobre hechos reales, sobre los cuales planea una atribución personal (o colectiva) de los mismos. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. p. 29.

³⁶⁸ Todas as características da satisfação são vislumbráveis na obra de Guillén. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. p. 25-34.

³⁶⁹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. p. 41-42.

³⁷⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Temas del Ordenamiento Procesal: historia. teoría general*. t. I. Madrid: Tecnos, 1969. p. 383-384.

determinadas satisfações que tão somente podem ser obtidas mediante o recurso ao processo. A penal é uma delas³⁷¹.

No que diz respeito às críticas à teoria, como alerta Gimeno Sendra quando reúne as objeções que lhe foram postas, trata-se de uma doutrina totalitária configurando-se como uma arma posta a serviço do Estado, em que imperam a arbitrariedade dos juizes sem independência³⁷². O processualista espanhol entende as mesmas improcedentes, bastando analisar-se a heterogeneidade de seus seguidores³⁷³.

No entanto, reconhece procedentes as críticas que tacham a teoria da instituição como vaga e estéril. De fato, “afirmar, como hace Couture, que el proceso es una institución, al igual que al trabajo, la empresa, el nombre o la Constitución es poco más o menos que no decir nada”³⁷⁴. Ademais, seguindo-se a linha de Gimeno Sendra, o que seria a idéia objetiva do processo se não uma concepção metafísica, inclusive contrária à realidade empírica em que as vontades, mediante o contraditório, se embatem ao revés de se unir na busca de um objetivo comum?³⁷⁵

Finalmente, para Gimeno Sendra ainda mais problemática é a noção de supremacia do processo, levando implícita uma idéia de subordinação das partes, que resultaria em uma visão burocrático-administrativista do processo³⁷⁶. Além das críticas postas por Gimeno Sendra, é possível sustentar-se todas aquelas tecidas em desfavor da teoria da relação jurídica, já que a maioria dos autores adeptos desta teoria pretende “complementar” a perspectiva de Bulow. Assim sendo, novamente repete uma concepção estática do processo, sofrendo das mesmas carências empíricas da proposta de Bulow. Igualmente, não se pode olvidar que os próprios epígonos da teoria da instituição não chegam a um acordo sobre o que seria exatamente esta instituição. O desacordo é tamanho que alguns inclusive

³⁷¹ FAIRÉN GUILÉN, Víctor. *Temas del Ordenamiento Procesal: historia, teoría general*. t. I. p. 322.

³⁷² GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso). p. 167.

³⁷³ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso). p. 167.

³⁷⁴ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso). p. 168.

³⁷⁵ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso). p. 168.

³⁷⁶ GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Proceso). p. 168.

defendem a conjunção da teoria da instituição com a teoria da situação jurídica de Goldschmidt, outros (em sua maioria) com a de Bulow.

A obscuridade e inanidade da teoria, que não contribui satisfatoriamente para explicar a diferença existente entre um modelo acusatório e inquisitório representam gravame a ser levado em conta. O conceito de instituição não é idôneo para explicar a possibilidade do erro judicial³⁷⁷ que ocorre na hipótese de ambas as partes saírem insatisfeitas. De fato, como explicar a sentença *extra petita*? Haveria aqui um caso de violação do direito de ambas as partes, acusador e acusado. Desta forma, o princípio da congruência entre acusação e sentença, no que diz respeito ao processo penal não representaria mais do que um mero adereço, enfeite, incapaz de possuir um fundamento que não fosse mais do que metafísico.

Do ponto de vista político, a finalidade da duração e da manutenção de um *status quo*, sem recorrer-se aos processos que cotidianamente nascem e se extinguem representa um retrocesso, pois inclusive Bulow havia projetado a teoria da relação jurídica enquanto relação complexa, pública e progressiva.

Assim apresentada a teoria da instituição, crê-se ter apresentado suficientes razões pelas quais não é defensável a teoria do processo como instituição. Passa-se a seguir ao exame da posição de Fazzalari, do processo como procedimento em contraditório.

1.3.5 Fazzalari e o Processo Como Procedimento em Contraditório

Elio Fazzalari, processualista italiano teve o mérito de resgatar a idéia de procedimento que havia sido esquecida desde a separação forçosa que Bulow submeteu o conceito. Este resgate do exílio que lhe fora remetido trouxe nova vida ao procedimento, considerado gênero do qual o processo é espécie.

³⁷⁷ “El término de un proceso mediante sentencia injusta es, por desgracia, un fenómeno demasiado frecuente como para que podamos identificar proceso y realización de la justicia. Más aún: a veces, la propia víctima se conforma con la sentencia adversa (por consideraciones económicas, generalmente), e incluso si la injusticia se perpetró en primera instancia, desiste de emprender la vía impugnativa, sin que en tales casos se dé un recurso al servicio de la justicia, parecido a la vieja consulta o, aunque con distinto alcance, a la casación en interés de la ley (que, dicho se está, podría ser injusta hasta persecutoria o sectaria)”. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría e Historia del Proceso* (1945-1972). t. 1. México: Universidad Autónoma de México, 1992. p. 423.

O processo como espécie do gênero procedimento³⁷⁸ tem a sua marca diferencial pelo aspecto primordial que lhe confere o princípio constitucional do contraditório³⁷⁹. Assim, o procedimento escapa à definição anoréxica que lhe fora imputada pela doutrina processualística tradicional. O processo, considerado como mera atividade sucessória de atos cede espaço, então, a uma forma racional de organização do saber que contempla a atividade das partes³⁸⁰.

O modelo então já desgastado, do processo como sucessão de atos processuais, concebe a atividade como fim em si mesma desconsiderando todo o complexo de interação, atividade e transformação do panorama processual creditável às partes. Para o processo penal a presença do contraditório³⁸¹ como elemento a distinguir processo do procedimento é de vital importância para uma concepção democrática e acusatória do processo³⁸².

Para Fazzalari, a importância do papel atribuído ao contraditório permite criar uma nova roupagem de processo, que não fica confinado a uma mera seqüência de atos³⁸³. Para o processualista italiano, a característica própria do processo é o contraditório, absorvida na fisionomia do próprio procedimento³⁸⁴. Ganhando corpo o núcleo do contraditório, facilmente percebe-se um ganho no conceito de autonomia do processo como categoria

³⁷⁸ Taormina afirma que entre processo e procedimento não existe diferença de essência podendo basear-se apenas na natureza dos efeitos que uma complexiva série causal é capaz de produzir, natureza que não muda pela parcialidade ou acessoriedade no âmbito de um único procedimento, mas em sua qualidade. TAORMINA, Carlo. *L'Essenzialità del Procedimento Penale*. p. 105.

³⁷⁹ Sustenta Nappi que para que se possa falar de sistema acusatório é certamente necessário que a prova se forme no contraditório entre as partes. E é indiscutível que, com a valorização do contraditório como garantia de atendibilidade do conhecimento judicial, termina por assumir um valor metodológico, não mais apenas moral ou político. As próprias normas que garantem a liberdade e a dignidade da pessoa no processo se encarregam de fundar este sistema, por que só um confronto argumentativo autêntico, vale dizer, livre e responsável, pode assegurar a atendibilidade da jurisdição. NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura Penale*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 06.

³⁸⁰ “O ilustre processualista explicitou que o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivaleria a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. p. 83.

³⁸¹ Ubertis atribui ao contraditório, além de constituir-se como um cânone na produção probatória, a qualidade de elemento heurístico, próprio do método dialético processual. UBERTIS, Giulio. *Il Contraddittorio nella Formazione della Prova Penale*. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 332.

³⁸² De acordo com Moccia a exigência de contraditório resulta notoriamente enfraquecida e o tipo de administração da justiça que dela deriva parece oscilar entre um modelo autoritário e um modelo paternalístico. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. p. 194.

³⁸³ A referência à estrutura dialética como traço distintivo permite superar progressas tentativas de definir o processo, dentre elas aquela segundo a qual o processo deve ser em ato ou potência, um conflito de interesses. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 84.

³⁸⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 76.

específica, diversa do procedimento, evitando-se alguns erros que conceberiam o processo como uma mera ferramenta de regência e concatenação de formas³⁸⁵.

Esta representação conceitual do processo e procedimento é própria da cultura pandectística da teoria da relação jurídica, o que impediu um florescimento da verdadeira natureza do processo³⁸⁶. A estrutura do procedimento se apresenta como um conjunto de normas que têm por escopo regular um ato final. Todas regulam determinadas condutas, que são qualificadas como lícitas ou devidas, em que se avalia o cumprimento de uma atividade regulada, considerando-se as normas não de maneira isolada, mas de maneira conjunta³⁸⁷.

Fazzalari, ao analisar a teoria da relação jurídica, a tachando de verdadeiro “clichê pandectístico”, afirma que a concepção de Bulow é incompatível com o processo. Enquanto a teoria da relação jurídica é montada sobre esquemas simplistas, que não podem entender a complexidade do processo (assumir que a relação jurídica é complexa significa mera convenção lingüística) muito menos, assumindo uma perspectiva estática, dar conta da dinâmica³⁸⁸. Fazzalari aponta que a doutrina processualística italiana, em seus primórdios, concentrava todo o seu desenvolvimento sobre a teoria da ação, como um direito subjetivo, nos moldes do direito privado, de forma uníssona aos trabalhos da pandectística³⁸⁹. O conceito de processo se insere na teoria geral. No entanto, ao contrário de inseri-lo na análise da jurisdição, que tão somente regula determinados arquétipos, convém tratá-lo no

³⁸⁵ “O processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento: é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. p. 68.

³⁸⁶ De acordo com Fazzalari os processualistas sempre tentaram definir o processo e mantiveram-se firmes durante este século ao velho e inadequado clichê pandectístico da ‘relação jurídica processual’: quando finalmente mudaram para o conceito de ‘procedimento’, oferecido pelos juspublicistas, não cultivaram nem aprofundaram um conceito fértil de processo. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 75.

³⁸⁷ Para Fazzalari a estrutura do procedimento se dá quando se depara diante de uma série de normas, até mesmo aquelas reguladoras de um ato final: geralmente um provimento, podendo inclusive se tratar de um mero ato, cada uma das quais regula uma determinada conduta (qualificando-la como permitida ou devida) enunciando como pressuposto do próprio operar a realização de uma atividade regulada pela outra norma da série. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 77.

³⁸⁸ FAZZALARI, Elio. Processo e Giurisdizione. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. XLVIII. n.1. p. 02.

³⁸⁹ FAZZALARI, Elio. La Dottrina Processualistica Italiana: Dall’Azione al Processo (1864-1994). *In Rivista di Diritto Processuale*. a. XLIX. n. 4. p. 911.

ponto da atividade estatal.³⁹⁰ O processo é a estrutura na e em virtude da qual os vários e múltiplos aspectos da jurisdição podem ser ordenados e organizados mediante critérios coerentes³⁹¹.

O procedimento é caracterizado, em síntese, por uma série de faculdades, poderes, deveres que constituem as posições subjetivas. Tais posições jurídicas se interligam à medida que o surgimento de uma poder faça nascer para a parte adversa um dever ou uma faculdade, etc³⁹². O contraditório, em outras palavras é a estrutura dialética do procedimento³⁹³.

Dentro deste esquema procedimental, toda e qualquer norma contribuirá para a formação da interação chamada de procedimento³⁹⁴. Ao contrário do que ocorria na tradicional concepção do processo como mera seqüência de atos, um destes mesmos atos, considerado isoladamente resultava hábil para a produção de efeitos³⁹⁵. A angulação entre norma, ato e posição subjetiva permite que se perceba o processo como um encadeamento de categorias as quais por seu turno organizam-se e se dirigem a um ato cujo final declare a regularidade do procedimento³⁹⁶.

As séries de normas, atos e posições subjetivas devem estender-se a todos os participantes, ao juiz e inclusive aos seus auxiliares³⁹⁷. A estrutura dialética do procedimento – o contraditório – deve-se estender a todos os destinatários do efeito final do

³⁹⁰ FAZZALARI, Elio. La Dottrina Processualistica Italiana: Dall’Azione al Processo (1864-1994). In *Rivista di Diritto Processuale*. a. XLIX. n. 4. p. 919.

³⁹¹ FAZZALARI, Elio. La Dottrina Processualistica Italiana: Dall’Azione al Processo (1864-1994). In *Rivista di Diritto Processuale*. a. XLIX. n. 4. p. 920.

³⁹² Para Fazzalari o processo seria um procedimento no qual participam aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 82.

³⁹³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 81-82.

³⁹⁴ “Dentro da idéia da formação de uma estrutura procedimental, cada norma concorre individualmente para constituir a seqüência que será conhecida como procedimento. Essas normas representarão, pois, uma conduta e a qualifica como um direito ou obrigação para a pessoa”. BOMFIN JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes; MACEDO, Henrique Nogueira; NEVES, Lucas Cruz; GUIMARÃES, Rodrigo Suzana; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. A Coisa Julgada em Fazzalari. In LEAL, Rosemiro Pereira. *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 239.

³⁹⁵ “Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera seqüência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p.242.

³⁹⁶ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 79.

³⁹⁷ FAZZALARI, Elio. Processo e Giurisdizione. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xlviii. n.1. p. 11.

provimento jurisdicional³⁹⁸. Tal participação deve ser realizada mediante uma simétrica paridade de posições, na implicação de suas atividades³⁹⁹. “L’essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un ‘interessato’ e un ‘controinteressato’: sull’uno dei quali l’atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull’altro effetti pregiudizievoli”⁴⁰⁰.

O valor do contraditório, centro do processo consiste não apenas na efetiva participação na fase preparatória à decisão, seja esta atividade jurisdicional ou não, em pé de igualdade e fazendo valer duas razões. Mas também se concentra como fundamento da democracia e como valor essencial da liberdade⁴⁰¹. As formas assumem então, papel de instrumentos indispensáveis a fim de atingir e ordenar os conteúdos normativos do processo⁴⁰². Como adverte Pereira Leal, “a sentença (provimento) não é, nessa teoria, um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes”⁴⁰³. Para longe do solipsismo inquisitorial, o procedimento em contraditório permite a construção do saber judicial mediante o recurso às próprias partes, a fornecer relevante contributo para formação decisória⁴⁰⁴.

O papel da imparcialidade do juiz residirá não apenas nos gostos e preferências pessoais que deveriam no plano do dever-ser, restar renegados. Mas consiste em propiciar às partes igualdade de oportunidades na “captura psíquica”. O contraditório consistiria a peça imprescindível de um processo democrático, no qual as liberdades prevalecem sobre o interesse exclusivo do Estado. Apesar de tudo, Fazzalari, de forma consciente, salienta que

³⁹⁸ Para Fazzalari o processo se dá quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não apenas do seu autor, mas ainda dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades das quais o autor do ato deve tomar ciência; e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. FAZZALARI, Elio. *Conocenza e Valori: saggi*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2004. p. 135.

³⁹⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 83.

⁴⁰⁰ “A essência mesma do contraditório exige que participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’: sobre um deles o ato final é destinado a produzir efeitos favoráveis e sobre o outro efeitos prejudiciais (tradução nossa)”. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 86.

⁴⁰¹ FAZZALARI, Elio. *Conocenza e Valori: saggi*. p. 154.

⁴⁰² FAZZALARI, Elio. *Introduzione Alla Giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1984. p. 85.

⁴⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. p. 83.

⁴⁰⁴ “Pode-se afirmar, desde logo, que há processo sempre que o procedimento realizar-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão os efeitos em suas universalidades de direitos”. BOMFIN JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes; MACEDO, Henrique Nogueira; NEVES, Lucas Cruz; GUIMARÃES, Rodrigo Suzana; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. *A Coisa Julgada em Fazzalari*. In LEAL, Rosemiro Pereira. *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. p. 243.

nem por isso o contraditório permite se abolir as margens de irracionalidade componentes da decisão judicial: no que diz respeito ao papel do juiz, repete-se que em sua decisão sempre comparece um componente de irracionalidade⁴⁰⁵.

Talvez o grande mérito da concepção do processo como procedimento em contraditório esteja em transportar para o seio do processo o papel da dialeticidade, da democracia no processo⁴⁰⁶. De fato, uma conclusão racional e da qual não se pode afastar é a de que o processo não sobrevive ausente as atividades das partes⁴⁰⁷. O processo como *actus trium personarum* é dependente da configuração dialética do processo⁴⁰⁸. Em que pese a existência do modelo inquisitorial, ordenado por uma atividade totalizante do juiz, uma possível atuação da defesa seria relativizada⁴⁰⁹. Como demonstra Foschini, “e questo è il contraddittorio, il *convicium*, que consiste in ciò che ognuno dei soggetti processuali offre il proprio pensamento al ripensamento dell’altro”⁴¹⁰. Corresponde, assim, para Foschini, o contraditório a uma garantia inderrogável, associada à liberdade de oposição no campo político, a fim de fazer valer a da outra parte⁴¹¹. O segredo do equilíbrio processual é o contraditório⁴¹².

⁴⁰⁵ FAZZALARI, Elio. L’esperienza del Processo Nella Cultura Contemporanea. In *Rivista de Diritto Processuale*. v. xx. p. 24.

⁴⁰⁶ “Consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial”. MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. 14 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 27.

⁴⁰⁷ Para Foschini o contraditório, que o bom senso sempre fez considerar como uma transformação do pensamento pode ser considerada como o fenômeno de fazer viver no outro sujeito o próprio pensamento e viver ele mesmo o pensamento do outro. Assim em cada sujeito vivem os pensamentos de todos, coexistem todas as supostas verdades, e em seguida, desaparecido todo obstáculo relativo à individualidade dos sujeitos, pode verificar-se aquela síntese, aquele juízo coletivo dos juízos individuais, aquela ascendência do indivíduo ao universal, que é o nascimento da verdade. FOSCHINI, Gaetano. *Il Dibattimento: studi*. Milano: Giuffrè, 1956. p. 193-194.

⁴⁰⁸ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. p. 28.

⁴⁰⁹ Há autores que ao caracterizar o processo penal como inquisitório, concebem o contraditório como um elemento que aparece inclusive nos moldes inquisitórios: “mas não é de hoje queo próprio processo inquisitório põe o problema do contraditório em primeiro plano, convidando os estudiosos a interessar-se pelos modos e pelas formas com as quais a iniciativa do juiz deve ser levada em conta”. RICCI, Edoardo F. Il Principio Dispositivo Come Problema di Diritto Vigente. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xxviii. n. 3. p. 388.

⁴¹⁰ “E este é o contraditório, o *convicium*, que consiste em que cada um dos sujeitos processuais oferece o próprio pensamento ao re-pensamento do outro (tradução nossa)”. FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati Studi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1960. p. 11.

⁴¹¹ ONDEI, Emilio. Liberalismo o Autoritarismo Processuale? In *Rivista di Diritto Processuale*. v. vii. p. 180.

⁴¹² CARNELUTTI, Francesco. Crisi Della Giustizia Penale. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xiii. n. 1. p. 345.

Apesar do avanço que representa frente à teoria da relação jurídica, no entanto, nem por isso sua teoria imunizou-se das críticas que lhe foram impostas. A primeira delas se dá no sentido de que o contraditório não se constitui como elemento caracterizador do processo, mas sim como garantia fundamental⁴¹³. O contraditório seria assim, uma dimensão publicística de meio de acerto da verdade, pela correta reconstrução do fato⁴¹⁴.

Em face das democracias constitucionais, segundo Pereira Leal, o princípio do contraditório corresponde a um instituto de direito constitucional, não podendo ter sua atividade relegada a um papel meramente doutrinário de concepção do processo⁴¹⁵. Scarance Fernandes ainda imputa uma crítica aduzindo que o processo não é só procedimento e contraditório: é procedimento, contraditório e participação⁴¹⁶. Reputa-se aqui esta crítica de Fernandes injusta, tendo-se em vista dois motivos. Em primeiro lugar, Fazzalari enfatiza a participação das partes em condição paritária no escopo de propiciar ao magistrado recolher informações necessárias à formação do julgamento. Em segundo, pela circunstância de que contemporaneamente, a semântica do contraditório implica o binômio ação-reação, podendo decompor-se em inúmeros outros elementos como direito à informação, à acusação determinada, direito de aportar provas, impugnar atos, etc. Desta maneira, a crítica de Fernandes não deve ser levada demasiadamente a sério.

A concepção de Fazzalari pode servir como complemento à teoria da situação jurídica neste capítulo sustentada. Em primeiro lugar, o procedimento em contraditório não pode ser simplesmente transposto para o processo penal sem um cotejo das categorias elementares a um e outro segmento⁴¹⁷.

⁴¹³ De forma crítica Ferrua acentua que: “uma velha vulgata sustenta e alimenta esta infeliz oposição, à qual muitas vezes é atribuída a própria antítese acusatório/inquisitório: o processo acusatório valorizaria ao máximo o direito de defesa, em detrimento do interesse pela verdade, enquanto o inquisitório garantiria melhor o segundo sacrificando o primeiro”. FERRUA, Paolo. *Contraddittorio e Verità nel Processo Penale*. In GIANFORMAGIO, Letizia. *Le Ragione del Garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. p. 212.

⁴¹⁴ FERRUA, Paolo. *Contraddittorio e Verità nel Processo Penale*. In GIANFORMAGIO, Letizia. *Le Ragione del Garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. p. 214.

⁴¹⁵ “Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o contraditório conquista teórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. p. 83-84.

⁴¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 42.

⁴¹⁷ “La configuración formalmente contradictoria del proceso implica, por esencia, la dualidad de sujetos procesales en posturas opuestas y la situación primordialmente expectante del juez, que contempla, con más o

Em primeiro lugar, há que se ter em vista o conceito de carga processual. Efetivamente, o papel do contraditório no processo civil e penal, apesar da importância em ambos, tem perspectivas diferenciadas. No processo penal, por estar a carga objetiva totalmente a cargo da acusação, a efetiva necessidade de participação do acusado é menor. O termo “efetiva participação” se dá não no sentido de relativização de oportunidades e chances processuais. Mas na acepção de o acusado não possuir obrigação de provar elemento excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade algum. Tão somente do ponto de vista da carga subjetiva se torna importantíssima a atuação do acusado, a fim de formar a convicção do magistrado a seu favor. E isto pode representar o que vem garantido pela defesa negativa consistente no direito ao silêncio e toda a derivação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesta dinâmica, a distribuição de cargas no processo penal é desequilibrada. À carga objetiva pendente sobre a acusação não corresponde dever algum por parte do réu. Seu agir somente pode ser concebido pelo prisma da carga subjetiva conformada pela ação protetora de seus próprios interesses. Ademais, o processo penal contemporâneo, ao não admitir transigências com os direitos fundamentais, protege o acusado de tal forma que é possível identificar-se um núcleo duro de direitos, imune inclusive à atuação precária ou omissiva do réu. Não se concebe, por exemplo, um processo penal ausente a defesa. Percebe-se, pela ótica das cargas processuais, a inexistência de caracteres de disponibilidade que possam empobrecer e fazer fenecer um processo penal despojado de elementos rígidos cujo escopo é a proteção do acusado até mesmo contra suas próprias ações/omissões.

Desta forma, o contraditório é garantia indelével. No entanto, sua importância ganha contornos tácteis à medida que permita a atividade das partes, incluindo todos os elementos do binômio ação-reação e evite uma atividade *contra se* por parte do réu. Todavia, o contraditório se adapta mais à ação da carga subjetiva do que a uma explicação da carga objetiva que como é cediço, vincula-se à acusação integralmente.

menos pasividad, la pugna entre las dos partes y decide según lo que estime que resulta de esa contienda”. OLIVA SANTOS, Andrés de la; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HONJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 39.

Mas não é só. O princípio do *in dubio pro reo*, erigido por Carrara como a espinha dorsal que sustenta o processo penal torna a organização de normas, atos e posições subjetivas diferenciada no processo penal. Demais disso, o princípio do contraditório, num modelo no qual a atividade do juiz se dá de ofício torna-se diminuta. Num processo de tipo inquisitivo, no qual o juiz assume papel de parte, resta prejudicada a paritária atividade processual. Assim como a teoria da situação jurídica de Goldschmidt não sobrevive se arquitetada sobre estruturas inquisitoriais, o conteúdo do contraditório resta maculado num sistema em que a ação do juiz ocorre *ex officio*.

Sentis Me lendo, ao comentar Carnelutti, adverte que a dúvida é uma bifurcação, como acontece quando se vislumbram dois caminhos, mas não se sabe qual tomar. A incerteza corresponde à esta impossibilidade de eleição. *Siriri* não significa apenas ver, mas também eleger. A função do juízo é superar esta incerteza⁴¹⁸. No entanto, o princípio do *in dubio pro reo* representa um limite à busca pela verdade a todo preço. Trata-se de estrutura completamente oposta à verdade real ou material, cuja lógica persegue o fantasma do fato, até encontrar o resíduo que se amolda à hipótese lançada pelo inquisidor.

Como afirma Sanes, o princípio *in dubio pro reo* representa a humanização do processo penal, mediante postulados limitadores da atividade reconstrutiva. Também consolida uma regra ética em que o acusado assume a posição de sujeito processual e não mero objeto de investigação⁴¹⁹. A posição de dúvida em que se encontra o juiz no processo penal é o produto da incapacidade da parte acusadora em se desvencilhar da carga que pairava sobre si, quando também o acusado não conseguiu ou não procurou aproveitar as chances processuais que surgiram. Evidentemente que a dúvida pode afetar o juiz em um processo acusatório ou inquisitório. A diferença entre ambos reside no fato de que o processo acusatório se contenta com esta incompletude e prevê regras ao juiz para seu tratamento⁴²⁰.

⁴¹⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. *In Dubio Pro Reo*. p. 23.

⁴¹⁹ “*In dubio pro reu* é como se expressa essa humanização do processo. Não mais a procura da verdade a qualquer preço mas a superação da dúvida, a ser promovida pela observância de regras éticas de comportamento não apenas por parte do acusador mas, mui especialmente, por parte do encarregado pelo Estado de julgar o acusado”. SUANNES. Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 148.

⁴²⁰ “Podría decirse que el juez está en duda porque la parte no hizo frente a la carga que le incumbía. Pero nunca *duda* y *carga* se podrán identificar o asignar ni se podrán equiparar las consecuencias que de ellas deriven. Aunque se tratara de un proceso netamente inquisitorio, de absoluta libertad al juez para averiguar, la

Outro ponto a ser destacado é o fato de que Fazzalari, por tratar do processo civil, não reúne maiores preocupações acerca dos modelos processuais assim como do princípio dispositivo. Evidentemente, o princípio do contraditório não pode ser descartado como importante ferramenta de controle da irracionalidade do poder punitivo. Nesse sentido, há uma nítida correspondência entre a concepção de Fazzalari e o princípio da estrita jurisdicionalidade de Ferrajoli. Se para Fazzalari não há que se falar em processo sem o contraditório, desta vez pelo plano de sua natureza jurídica, para Ferrajoli o contraditório assumirá a condição de verdadeira garantia processual, a qual se desrespeitada, impede a formação válida do juízo.

Como se pode perceber, a concepção de Fazzalari não pode ser interpretada de forma alheia ao desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. Assim como não se pode conceber a idéia de um processo penal desprovido de contraditório é arriscado pensar-se o contraditório exclusivamente pelas lentes da doutrina. Como garantia constitucional, o grau de eficácia do aludido princípio é sobejamente mais amplo.

O contraditório como complemento à teoria da situação jurídica, no processo penal, permite afastar-se em certo nível as críticas que denunciam Goldschmidt por caracterizar o processo como uma atividade meramente privatística. A introdução do contraditório como elemento arraigado no processo afasta uma irresignação do Estado para com uma atividade absentéista do acusado. Por não lidar o processo penal com interesses privados, indisponível ao acusado o direito de defesa. Mesmo contra a sua vontade, o acusado deve ser defendido.

Desta maneira, o aporte de Fazzalari incrementa a teoria da situação jurídica, anteriormente desenvolvida. Se enquanto a vantagem de Goldschmidt reside na circunstância de conseguir construir uma estrutura absolutamente democrática e dispositiva do processo, a concepção de Fazzalari instrui esta percepção com os elementos necessários à proteção do hipossuficiente. O mais importante é justamente o afastamento da possibilidade de leitura da teoria de Goldschmidt como uma concepção de processo que abandona o acusado à sua própria sorte. Ao assumir o contraditório aspecto central, a proteção do acusado poderá se dar inclusive contra ações/omissões imputáveis contra si.

duda podría plantearse de igual manera que en un proceso de tipo acusatorio y con carga de la prueba". SENTÍS MELENDO, Santiago. *In Dubio Pro Reo*. p. 69.

1.4 A Relação Entre O Sistema Acusatório e a Forma Processual: ou da norma à forma

Após as considerações que se teceram acerca da problemática da natureza jurídica do processo, com as suas conseqüências vitais para o campo do processo penal, resta ainda uma tarefa inconclusa. Trata-se de investigar o nexo que une irrestritamente as formas processuais e o objeto de estudo específico do processo penal, a saber: a teoria das nulidades.

A forma é uma categoria que atravessa o direito. Existem as formas dos atos jurídicos em geral. Formas prescritas para os atos civis como casamento, testamento, contratos. A feitura de leis também estabelece e prescreve determinadas observâncias. No entanto, parece aceitável dizer que é justamente no processo que se consolida uma espécie de primado da forma⁴²¹.

Outro aspecto de vital relevância para o estudo reside na inter-relação entre as formas processuais e a concepção política do processo. Há um jogo de forças que interage principalmente sobre a seara penal, em especial o processo⁴²². O processo penal é um dos ramos do direito público mais suscetíveis de sofrer com as mutações dos princípios políticos e constitucionais a que correspondem, inevitavelmente, alterações no processo penal⁴²³.

Todavia, a assunção de uma forma de Estado, de um regime político, etc, não significa mudança no plano do processo penal⁴²⁴: “non si può dire che il sistema inquisitorio sia sempre espressione di regimi dispotici, e il sistema accusatorio caratteristica

⁴²¹ “No se exagera al reconocer en el proceso el reino de la forma. Ella no es más que uno de los signos del carácter esencialmente público del derecho procesal”. LEITES, Carlos A. *La Forma de los Actos en el Proceso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1955. p. 12.

⁴²² De acordo com Pisapia, isso se reflete não apenas no fato de que a maior parte da Constituição moderna dedica numerosas normas aos princípios fundamentais do processo penal, mas também pelo fenômeno, recente de reconhecimento e consagração em convenções de caráter internacional e em documentos subscritos por um grande número de Estados e em parte recepcionados nos próprios ordenamentos como direito positivo. PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. v I. p. 03.

⁴²³ PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. v I. 03-04.

⁴²⁴ “Se existe uma estreita relação genérica entre forma de Estado e forma do processo, a relação não deve ser entendida no sentido mecanicístico. A forma de Estado pode mudar e o processo vigente em precedência ser mantido em vigor. É o caso típico da República Italiana”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p. 165.

invece di regimi democratici. Il riscontro storico non lo conferma”⁴²⁵. Exemplo perfeito disso é o processo penal brasileiro regido por estruturas montadas sob os auspícios de uma antidemocracia. A Constituição da República de 1988, apesar de oferecer os alicerces para uma guinada democrática do processo repercutiu pouco significativamente no que diz respeito à doutrina, à práxis e ao ensino jurídico. Nas palavras de Foschini, ocorre no Brasil uma substancial involução inquisitorial⁴²⁶ ou ainda, como menciona o próprio autor, uma degeneração do processo penal⁴²⁷.

Os desvios consolidados em uma prática alienada do horizonte trazido pela Carta Magna se encontram difundidos pela doutrina e prática no que se refere ao papel da forma no processo penal. Como adverte Pisapia, já foi devidamente sedimentado que o grau de civilidade de uma determinada cultura se avalia, sobretudo pelo modo mediante o qual se protegem os direitos e liberdades do acusado no processo penal⁴²⁸. Obedecendo esta sugestiva direção de pensamento oferecida pelo pensador italiano, constata-se facilmente que no Brasil predomina uma concepção medieva, na qual a forma pouco ou nada representava (amorfismo inquisitorial).

A situação do processo penal contemporâneo na análise de Gomez Colomer é a seguinte: a) em primeiro lugar, há que se colocar em primeiro plano as garantias processuais do acusado, uma vez que há a consolidação de um verdadeiro hipergarantismo em matéria processual penal; b) há a necessidade de reafirmação da vigência do princípio acusatório; c) a consagração da imparcialidade judicial como princípio chave do processo penal⁴²⁹.

Malgrados inúmeros textos constitucionais que foram promulgados na América Latina sob ares democráticos, o que se tem é ainda um sistema processual penal inquisitorial, embora com algumas transformações. Como leciona Roxin, tratando da experiência alemã “nuestro inventario permite establecer en cualquier caso que en realidad

⁴²⁵ “Não se pode dizer que o sistema inquisitório seja sempre expressão de um regime despótico, e o sistema acusatório característica ao revés, de regimes democráticos. A história não confirma (tradução nossa)”. VALIANTE, Mario. *Il Nuovo Processo Penale: principi fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 51.

⁴²⁶ FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 34.

⁴²⁷ FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. p. 39.

⁴²⁸ PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. v I. p. 03.

⁴²⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el Estado de Derecho: diez estudios doctrinales*. Castellón: Palestra Editores, 1999. p. 24-25.

la legislación desde 1964 trata directamente al defensor como una madrastra y más bien ha recortado sus derechos”⁴³⁰. Esta concepção seria diferente no Brasil?

Retornando ao problema da forma processual, ao longo do desenvolvimento do processo existiram diversas maneiras de se conceber a sua relação com a forma. Sacramentais, como nos procedimentos *per formulas* do direito romano⁴³¹. Despojadas de qualquer vínculo como no sistema inquisitório. Como se percebe facilmente, determinada concepção das formas processuais possibilitará um exame não apenas das molduras epistemológicas que limitam a construção semântica do “caso jurídico”. Mas também da relação (política) existente entre o sistema punitivo e os desideratos políticos⁴³². Como sustenta Bacigalupo, no momento em que o sistema processual penal foi desvinculado das formas do Antigo Regime, dito sistema teve um direcionamento político diferente⁴³³.

A presente investigação pretende no momento, no presente tópico, apontar a existência de um estreitamento da economia política das formas com o sistema acusatório⁴³⁴, no qual prevalece uma idéia que se movimenta a dois tempos: a) o sistema acusatório representa um modelo de preservação da forma processual, principalmente pela desvinculação do juiz da atividade persecutória, o que determina ao magistrado uma função de fiscalização dos atos processuais mais rigorosa; b) a forma processual é concebida dentro de um sistema processual adversarial, no qual a forma se antepõe – como obstáculo se preciso for – à busca a qualquer preço da verdade substancial⁴³⁵.

⁴³⁰ ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal Colzoni, 2007. p. 46.

⁴³¹ Exemplo disso é o direito romano, que assumiu, em quase todos os seus períodos e formas de manifestação, um caráter severo e sacramental. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. Coimbra: Coimbra, 1999.p. 31.

⁴³² Como aponta Valiante, numa confusão entre direito penal do fato e do autor, no processo penal não se julga apenas um fato, mas também e, sobretudo um homem. É possível dizer que o processo não é caracterizado tanto pela tipicidade, mas mais pela pessoa do imputado. O processo é um drama humano, a saber, dos homens que se tornam parte e em particular do imputado que é o protagonista. VALIANTE, Mario. *Il Nuovo Processo Penale: principi fondamentali*. p. 32.

⁴³³ BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 19.

⁴³⁴ Por hora, o sistema acusatório é aquele entendido aqui como aquele em que predomina uma concepção democrática de processo penal, garantida principalmente pelo distanciamento do juiz da atividade persecutória, nas lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

⁴³⁵ “O direito processual penal segue o antigo princípio liberal de que é melhor deixar impunes cem culpados do que punir um inocente”. TIEDEMANN, Klaus. Panorama Geral. In ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 154.

Nesse momento forçoso reconhecer-se aqui a exatidão das lições de Roxin: “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”⁴³⁶. Com isso está referindo o autor alemão que qualquer abalo na Constituição da República e nas estruturas do poder político, tem reflexos imediatos no processo penal.

Ao lado do princípio da necessidade, que traça contornos irrestritos à distinção fundamental entre processo civil e penal, não se pode descurar que o processo penal em si mesmo é já pena⁴³⁷, como falara Carnelutti retomando o clássico pensamento agostiniano. Todas as liberdades são vãs se não podem ser defendidas em juízo diria Calamandrei⁴³⁸. O papel político da forma é, preliminarmente, abandonar a noção de completude plasmada na reconstrução totalizante da verdade. As formas disciplinam esta reconstrução – já passado – para sustentar-se a sentença no material trazido à apreciação, tomando-se por base e assumindo a precariedade do material colhido. No entanto, a função política da forma não se esgota nesta dimensão. Para além, a regulamentação do proceder traça sérios limites não apenas à cognição do material probatório (evidenciado pela suscetibilidade da memória à passagem do tempo), mas também à possibilidade de realização de determinados atos (v.g. impossibilidade de realização do exame da materialidade do delito). Em suma, são as formas a construir a possibilidade lógica do juízo⁴³⁹.

As formas processuais também constituem os elementos concretizadores do poder punitivo estatal. A preservação dos direitos e garantias fundamentais⁴⁴⁰ está intimamente relacionada com a teoria das nulidades⁴⁴¹. Uma teoria forte das nulidades está condenada a

⁴³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 10.

⁴³⁷ CARNELUTTI, Francesco. Pena e Processo. In *Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. Padova, 1952.

⁴³⁸ CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia. In *Rivista di Diritto Procesuale Civile*. v. v. p. 289. Padova, 1950.

⁴³⁹ El juicio es indefectiblemente necesario siempre que se denuncie que se ha producido un hecho violador del derecho, del que haya que averiguar el autor y las circunstancias todas en que fue cometido, afín de que la pena no caiga sobre un inocente, y también para que al culpable no se le aplique una pena inadecuada a su mérito o excesiva respecto de su demérito. CARRARA, Francesco. *Reminiscencias de Cátedra y Foro*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.p. 16.

⁴⁴⁰ “El debido proceso se nutre de los siguientes derechos fundamentales: legalidad del juicio, juez natural, favorabilidad en materia penal, presunción de inocencia, derecho de defensa, proceso público, celeridad del proceso, controversia de la prueba, impugnación, *non bis in idem*, prohibición de la *reformatio in pejus*, segunda instancia, acceso a la justicia y responsabilidad de los poderes públicos”. SUAREZ SANCHEZ, Alberto. *El Debido Proceso Penal*. p. 43.

⁴⁴¹ “O processo penal, por conseguinte, limita o exercício do poder de punir os ilícitos criminais, porque a sanção não pode ser imposta senão mediante autorização judicial, formada no bojo de um procedimento no qual sejam respeitados os direitos fundamentais encartados na Constituição e as demais regras processuais complementares”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.270.

representar uma opção política pela absolvição do maior número de inocentes, mesmo à custa da absolvição de culpados (Ferrajoli). Nos termos de Carnelutti, seria uma opção pela declaração de erros: “precisamente la hipótesis de la absolución la que descubre la miseria del proceso penal, el cual, en tal caso, tiene el único mérito de la confesión del error”⁴⁴².

A menção a uma teoria forte das nulidades vem configurada não pela noção desencontrada de (re)fazimento do ato. Esta idéia concebe o processo como um conjunto de atos processuais, que valem por si mesmos. As nulidades representam prescrições em conexão com o sistema acusatório, com os direitos fundamentais e com o contentamento diante da limitação cognitiva da aplicação da referida teoria. A teoria das nulidades expõe cristalinamente todas as deficiências do processo⁴⁴³ e da cisão muitas vezes existente entre direito material e processual. Nesta ordem concatenada de idéias, o sistema acusatório sacrifica a tentativa de esgotar-se o material probatório a ser recolhido, tornando mais rígido o controle jurisdicional sobre os atos processuais⁴⁴⁴. A forma processual para o sistema acusatório, não deve estar desprovida de um controle sistemático não apenas das provas produzidas, garantindo sua higidez, mas da mesma maneira, todos os atos processuais orientam-se pela preservação das regras do jogo, as garantias fundamentais⁴⁴⁵. Não é à toa que Cordero estabelecerá uma ligação muito forte entre o que chama de *fair play* – preservação das regras do jogo e as funções jurisdicionais que devem zelar por tais garantias. Para bem fazer valer este controle jurisdicional sobre a forma, indispensável a garantia da sanidade mental do julgador ou seja, a ausência das atividades policialescas e

⁴⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.76.

⁴⁴³ “Se ha dicho que el proceso es aquel instituto en el cual se manifiestan todas las deficiencias y las impotencias del derecho; se puede agregar que el penal es la especie que pone mejor de manifiesto las deficiencias y las impotencias del proceso. A medida que la experiencia del proceso penal se profundiza y se afina, se comienzan a apreciar, en el esplendor alucinante de la admonición divina, las líneas de la verdad”. CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. p. 102.

⁴⁴⁴ Fala Carnelutti que como no processo penal atua o direito como atribuição da pena, segundo a especial natureza desta forma de sanção jurídica, lá se utilizam em boa parte *meios diversos* do processo civil; mas não porque a pena toque mais estreitamente o interesse público, mas por que *para fazê-la funcionar de nada serve o interesse privado*. CARNELUTTI, Francesco. *Prove Civili e Prove Penale*. In *Rivista di Diritto Procesuale Civile*. v. II. p. 04.

⁴⁴⁵ “El hecho de que el derecho procesal prescriba formas para el desenvolvimiento de la actividad de la administración de justicia y exija absoluta observancia de estas formas, encuentra su sentido profundo y su justificación en la experiencia de siglos acerca del arbitrio de la autoridad y de los peligros de juzgamientos desprovistos de formalidades. La época de la recepción y el siglo XIX han conocido el valor de las ‘formas protectoras’: el proceso penal reformado reemplaza la falta de formas del proceso del Estado policial por un procedimiento en el cual la necesidad de la vinculación a las formalidades debe ofrecer la ventaja de un objetivo desprovisto de sentido policial”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 22.

dos delírios persecutórios. Nas palavras do professor italiano, o sistema acusatório consistiria em um método adaptado a pessoas psiquicamente sãs e não muito complicadas. Tudo reside no *fair play*⁴⁴⁶. Ainda, de acordo com Allorio, em relação ao inquisitorialismo, a história da formação da ciência processual é precisamente a história do abandono gradual deste anacronismo⁴⁴⁷.

No processo penal, o procedimento, nas palavras de Carrara⁴⁴⁸, serve como um freio para o juiz. Existe, portanto, nessa dimensão, um *fin político das formas processuais*⁴⁴⁹: a forma não é tão somente uma garantia de justiça, mas uma garantia de confiança dos cidadãos no direito⁴⁵⁰. Assim é que a legitimidade de um processo encontra na forma sua matriz. Como se vê, a cláusula *due process of law* poderia ser argüida para justificar a importância da forma. A mesma coisa valeria para o princípio do contraditório, como assevera Fazzalari na concepção do “processo como procedimento em contraditório”.

No entanto, a importância da forma extrapola as concepções formalistas de processo. O papel da forma guarda o aspecto de economia política⁴⁵¹ do limite – daquilo que pode ser legitimado enquanto procedimento⁴⁵².

O limite, no processo penal, assemelha-se à constituição negativa posta pelo interdito, porquanto proibição. A forma⁴⁵³ representa melhor do que um simples ditame do

⁴⁴⁶ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 42.

⁴⁴⁷ ALLORIO, Enrico. Ancora: il Sistema del Carnelutti. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. p. 61.

⁴⁴⁸ CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto criminale*. v. II. 11 ed. Firenze: Fratelli Camelli, 1924.

⁴⁴⁹ “Cuando las formas no han sido observadas, la fe pública acerca de la justicia del fallo no es otra cosa que la fe en la sabiduría e integridad del *hombre* que juzgó, que pueden no tenerla todos; mientras que cuando las formas han sido observadas, la fe pública tiene un fundamento racional en tal observancia”. CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado en la Real Universidad de Pisa*. v. II. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 195 e 196.

⁴⁵⁰ CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto criminale*. v. II.

⁴⁵¹ Não de outra maneira é a advertência de Calamandrei de que “o processo é o instrumento típico da liberdade garantida pela legalidade: é o método racional para aplicar a lei pré-constituída ao fato comprovado, em um ordenamento em que o poder legislativo está separado do poder jurisdicional, ou seja, em que a justiça está separada da política”. CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 06.

⁴⁵² “Importa sim reconhecer que se está aqui, como em toda a autêntica ‘questão-de-direito’, mesmo no cerne de uma *ponderação de valores conflitantes*, cujo resultado há-de corresponder ao ordenamento axiológico do Direito, há-de constituir a síntese das antinomias entre justiça e segurança encontrada no degrau mais elevado da ordem jurídica”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal I*. Coimbra Editora:Coimbra, 2004. p. 45.

⁴⁵³ “Las formas vendrían a desempeñar así un papel fundamental a lo largo del proceso, puesto que su finalidad consiste en regular el modo a través del cual van a poder efectuar dichos sujetos manifestaciones de voluntad válidas y constituyen a su vez un medio indispensable para el logro de la confianza pública en la

“como fazer”, os limites do não proceder. A forma negativa do limite é que possibilitará, por exemplo, falar-se nas categorias dimanadas do ato irregular. A forma como limite indica o inaceitável juridicamente, que não se concretiza numa seqüência de atos sugerida ao magistrado. O limite é que constituirá o ato irregular lhe dando as facetas próprias para que seja detectada a disrupção da forma⁴⁵⁴.

Enquanto a forma estabelece o predicado dos atos processuais, o limite estabelece a constituição do aspecto negativo resultante da irregularidade. O rompimento do limite implicado pela forma constituirá a irregularidade processual. O aspecto político da forma é o de sustentar a existência de limites os quais governam os procedimentos judiciais⁴⁵⁵. As formas mais rigorosas, como as vislumbradas no sistema acusatório indicam um tratamento do limite que se antepõe ao poder político de maneira mais veemente. Uma ausência do tratamento do limite no processo penal estaria a indicar uma confusão entre o sistema jurídico e político, já que se constituiria o processo penal, em instrumento perfeito para se atingir inúmeros e os mais variados fins, mediante o que Cordero denominará de amorfismo. Nos sistemas totalitários, a função da forma não desempenhava limite algum ao político. Antes, a sua ausência é que possibilitava uma justaposição entre os dois sistemas⁴⁵⁶. Basta aqui se colacionar o pensamento de Manzini acerca do interesse a ser tutelado no processo penal, a pretensão punitiva⁴⁵⁷. Tomando-se por base esta pretensão,

actuación de la justicia penal”. CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* Córdoba: Editorial Mediterránea, 2005. p. 33.

⁴⁵⁴ “El tema de las nulidades está íntimamente ligado con el del ‘debido proceso’, y para poder determinar este último extremo es inexorable que se haya cumplimentado el denominado ‘fin del proceso’, el cual no es otra cosa que haber realizado y documentado todas las etapas que prevé la ley instrumental con transparencia y respeto del derecho de defensa del procesado”. DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 05.

⁴⁵⁵ “A abolição, operada pela ditadura, da legalidade e da certeza do direito, significou, projetada no campo do processo, reabsorção da justiça na política, ou seja, da estrutura lógica do processo na indeterminação do arbítrio e do irracional”. CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. p. 06.

⁴⁵⁶ “La experiencia histórica revela que en una sociedad autoritaria las garantías del debido proceso son considerablemente más reducidas que en una sociedad basada en la libertad de los ciudadanos, pues una reducción de los derechos fundamentales reconocidos en relación al proceso importa una mayor desprotección del inocente. Por otra parte una mayor protección del no culpable suele aumentar la posibilidad de absolución de algún culpable”. BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. p. 24.

⁴⁵⁷ “La pseudo democracia de tipo francés, superficial, gárrula y confusionista en todo, ha cometido también aquí el desacierto de enturbiar los conceptos, afirmando que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia, o que ella se asocia a la de la represión de la delincuencia (finalidades jurídicas), agregando también la intención (finalidad política) de dar al pueblo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 252.

Manzini inclusive nega peremptoriamente a existência da presunção de inocência⁴⁵⁸, reputando-a como “paradoxal e irracional⁴⁵⁹”.

No entanto, o papel da forma não pode se dar tão somente no que se relaciona com a dicotomia sistema acusatório e sistema inquisitório. Uma oposição em nível estereotipado, como a que se verifica no panorama processualístico brasileiro, permite forçosamente, um velamento do discurso que impede que a prática – notadamente a inquisitorial – seja concebida como tal⁴⁶⁰. Inseridos no estratagema de uma “administração de justiça”, a simplificação das formas aparece nas mais das vezes como uma denúncia do emperramento do sistema judiciário. Flexibilizar, encurtar, enxugar são verbetes facilmente suscetíveis de serem encontrados. Não raras vezes, a fim de “garantir” o sistema acusatório⁴⁶¹.

No estado da arte em que se encontra a discussão em matéria de teoria das nulidades não é difícil reconhecer-se, de um lado pela doutrina que mitifica determinados princípios descompassados com o sistema acusatório, de outro as reiteradas decisões dos tribunais que repetem as mesmas estruturas já denunciadas como anacrônicas. Com efeito, as formas processuais acabam por se consorciar a uma visão absolutamente efficientista e amorfa de sistema processual, reproduzindo a mesma busca pela verdade material do sistema inquisitorial.

⁴⁵⁸ “Si es erróneo, por tanto, el criterio de que las normas procesales penales estén aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: ‘milite’, como se dice en jerga forense) a favor del imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 253. Segue ainda o autor: “la indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aun como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya porque de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios que determinaron la imputación, **ya porque la prueba de la delincuencia puede adquirirse por iniciativa del juez** (grifo nosso), ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trate de probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levantó la imputación”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 255.

⁴⁵⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 253.

⁴⁶⁰ “Não se deve deduzir que existem sistemas processuais concretos baseados na eficiência pura. Ainda nos momentos mais sombrios da Inquisição existiram normas que limitavam a tortura e disciplinavam o trabalho do torturador, evitando o que então se considerava ‘uma tortura arbitrária ou injusta’”. BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. p. 28.

⁴⁶¹ “A tradicional oposição – sistema acusatório (democrático) e sistema inquisitório (autoritário) -, pode produzir, no plano discursivo e das práticas cotidianas, máscaras que ocultam e permitem a reprodução das violências, notadamente quando se realizam reversibilidades ao enunciar a compatibilidade de estruturas processuais nitidamente autoritárias com a Constituição. O resultado é vivificar, na operatividade das agências persecutórias, o inquisitorialismo”. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 78.

As formas não podem ser concebidas como mero desiderato legal⁴⁶². A forma é uma característica tão relevante para a consubstanciação do sistema acusatório como é a ausência de poderes instrutórios do juiz. A atividade do juiz no sistema acusatório – o que lhe permite assumir uma postura mais passiva – é justamente um rigoroso controle sobre os atos processuais.

Percebe-se facilmente o teor político das formas e sua importância para o sistema acusatório quando analisado o seu oposto⁴⁶³. Manzini⁴⁶⁴ trata as formas processuais como meras solenidades sem propósito algum. A própria exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro direciona um tratamento das formas processuais como uma espécie de beneplácito do acusado⁴⁶⁵. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro, o Ministro Francisco de Campos anunciava: “XVII –[...] o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série de nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um

⁴⁶² “Nada sería más injusto que considerar estas formalidades como una técnica del proceso, susceptibles de ser de una o de otra manera, y adoptables en la praxis solo porque la ley las prescribe. Estas formas son, más bien, la consecuencia de consideraciones político-jurídicas fundamentales, que tienen también relación con los fundamentos teórico jurídicos del derecho procesal. Tienen además significación política, ética e jurídica, y constituyen un objeto apreciable del conocimiento teórico jurídico. La garantía de la formalidad judicial significa el cumplimiento de la función estatal en el ámbito de la administración de justicia penal”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 23.

⁴⁶³ “Por esta importantísima influencia del punto de vista político, el objetivo del proceso penal está en un peligro constante de ser apartado de su finalidad de verdad y de justicia, y de ser puesto al servicio de propósitos políticos autoritarios. Las ideologías políticas y las palabras ingeniosas en ninguna materia son tan peligrosas como en el derecho procesal penal. Ellas sólo consiguen ensombrecer las experiencias psicológicas procesales hechas en el curso de la historia; sirven como máscara a los detentadores del poder político, para la erección de un simulado aparato jurídico, detrás del cual se ocultan los más dañosos abusos del poder; impiden toda discusión crítica, substancial y científica de los problemas procesales, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*; significan no solo la muerte de la justicia, sino también la de la ciencia en el ámbito procesal”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 188.

⁴⁶⁴ Como adverte Cordero sobre Manzini: o autor é um hard worker, da casuística à história jurídica. Considera Cordero Manzini reacionário que para desmentir a presunção de inocência cita a prisão cautelar, o que confirmaria uma ‘presunção de culpabilidade’. Assim, o processo se assemelharia à máquina descrita por Kafka na ‘Colônia Penal’: ainda que existam garantias, é o acusado presumivelmente culpado, ‘segundo a ordem normal das coisas’, uma perigosa tutela da liberdade é pensável somente como efeito marginal; na alternativa entre conclusões falíveis, melhor que os juízes condenem. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 05.

⁴⁶⁵ Para Psapia a marca política do regime autoritário se revelava em muitas outras disposições e, sobretudo, na escolha de uma instrução secreta e escrita, de evidente molde inquisitório, no qual foi deixado pouco espaço ao direito de defesa e eram notavelmente comprimidos os direitos de liberdade do cidadão. PISAPIA, Gian Domenico. *Il Nuovo Processo Penale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xlv. n.1. p. 628. Mais adiante o mesmo autor destaca que em realidade, a exigência de reforma foi notificada tão logo ocorrera a repriminção da liberdade democrática. PISAPIA, Gian Domenico. *Il Nuovo Processo Penale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xlv. n.1. p. p. 629.

bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos [...]”. Efetivamente, a regulação da matéria de nulidades no processo penal brasileiro obedece à lógica do sistema processual italiano arquitetado por Manzini⁴⁶⁶. Como adverte Mazzarella a idéia ingênua é sempre aquela que as ‘normas de direito’ sejam qualquer coisa de belo e pronto no elmo de Júpiter⁴⁶⁷.

A lógica das nulidades no processo penal brasileiro é governada, no esteio do pensamento de Manzini, pela contração do rigor dos atos, pela ampliação da caracterização das meras irregularidades, pela maximização do conceito de finalidade atingida pelo ato irregularmente praticado. Como adverte Cordero, “hay un formalismo acusatorio; cuando menos espacio ocupa el órgano que juzga, tanto más pesan los ritos”⁴⁶⁸.

Assim, de acordo com o pensamento de Cordero, há uma relação proporcional entre os sistemas processuais e a forma. Enquanto o predomínio da forma afasta as atividades instrutórias, a participação do juiz como uma verdadeira parte contribui para o tratamento da teoria das nulidades como uma solenidade vazia, capaz de se compromissar com um modelo de gestão eficiente do controle social⁴⁶⁹.

A própria relação entre pena e processo não pode dispensar um tratamento minimalista das nulidades, pois a conseqüência do desrespeito às formas é uma pena ilegítima⁴⁷⁰. A ausência de dispositivos relativos às formas permite a formação de processos que se assemelham a sondas psíquicas. “Era característico del método inquisitorio, pues en el proceso reducido a sondeo introspectivo, las formas constituyen un dato secundario o simplemente sin importancia, pues solo cuenta el resultado, no importa

⁴⁶⁶ “Na realidade, aquele código, no intuito de restringir a anulação do processado e, fundamentalmente, evitar a arguição tardia das nulidades – entendidas como factores de perturbação do regular decurso do processo e, em conseqüência, da eficácia da justiça penal – consagrou um sistema de nulidades taxativas e sanáveis, eliminado a categoria das nulidades absolutas, que até ai se caracterizavam, no essencial, por serem insanáveis”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 75.

⁴⁶⁷ MAZZARELLA, Ferdinando. *Proposte Alternative per un Discorso Sulla Scienza del Diritto e del Processo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xxxii. n. 4. Padova, 1977. p. 662.

⁴⁶⁸ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 88.

⁴⁶⁹ Cf MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Controle Social*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

⁴⁷⁰ Para Carnelutti a atribuição da teoria da pena ao direito processual não é, portanto, senão o corolário da reconhecida identidade entre o processo e a pena. CARNELUTTI, Francesco. *Pena e Processo*. In *Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 165. Ainda, segundo Carnelutti “a outra face deste princípio é que além da pena ser processo, também o processo é pena. CARNELUTTI, Francesco. *Pena e Processo*. In *Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 165. p.166.

cómo sea obtenido”⁴⁷¹. Bosquejada a ténue e não menos firme relação entre forma e sistema acusatório, chega-se ao exame do próximo tópico, cujo objeto é dimensionar o processo penal e os sistemas processuais.

1.5 O Processo Penal e os Sistemas Processuais

A intenção de se propor uma análise dos sistemas processuais de forma antecedente ao exame da teoria das nulidades tem sua razão de existência ligada à própria concepção da forma. O conceito genérico de forma, os atos processuais, o sentido de uma rigidez ou flexibilização destas categorias, enfim, a galáxia da teoria das nulidades exige uma domesticação de saberes.

Parece oportuno advertir que qualquer análise que se pretenda fazer da teoria das nulidades resultará inapta para eventuais respostas e precisões à medida que se afaste do problema matricial derivado da temática dos sistemas processuais. Não se pretende aqui, por lócus absolutamente inadequado e não propício a desenvolvuras teóricas, realizar uma historiografia dos sistemas processuais⁴⁷². Tarefa mais complexa do que a comumente depositada em inúmeros manuais e algumas monografias ou teses⁴⁷³ que pretendem dar conta do todo, aqui a opção é mais singela e modesta. O fenômeno dos sistemas processuais é de bom alvitre frisar, não pode se resumir a uma compilação de textos históricos, investigados no presente, tentando-se atribuir um fio de sentido a perpassá-los⁴⁷⁴. De forma

⁴⁷¹ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 264.

⁴⁷² “La falacia del acusatorio está basada en una premisa genealógica e imagina una especie de proceso evolutivo que tiene lugar en el proceso penal”. VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 180. Segue ainda o autor afirmando que “esta visión desarrollista representa una ortodoxia en la teoría penal europea, repetida en la mayoría de los libros de texto contemporáneos de procedimiento penal, entre otros, pero no únicamente, en Francia, Italia, España. Incluso en los Estados Unidos de América, este mito continua vigente”. VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 180.

⁴⁷³ De forma positivista e surpreendentemente montada sob um ingênuo e não menos pretensioso autoritarismo científico (utilização sobremaneira dos argumentos de autoridade moldados sob a falsa aparência de construção coesa e coerente dos sistemas processuais) Cf ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁷⁴ Como afirma Illuminatti: “Lo que es cierto es que la noción de proceso acusatorio como aquella contrapuesta a la de proceso inquisitivo, es fruto de un ejercicio de abstracción. La tradicional dicotomía alude, en efecto, a dos modelos hipotéticos, que son el resultado de un proceso de generalización realizado sobre la base de algunos elementos tomados de los ordenamientos jurídicos existentes o de los procesos que pueden ser históricamente reconstruidos. De ello se deduce que no se trata del análisis de un fenómeno

amiúde os juristas procuram enfrentar uma “evolução” histórica, oferecendo uma pretensa continuidade justamente onde esta não pode ser encontrada⁴⁷⁵. Demais disso, a alusão aos “documentos gregos ou romanos” não são mais do que fantasias ou máscaras teóricas para reviver a origem. Esquecendo-se de que ela é um mito⁴⁷⁶. Alguns mais desavisados como detentores do skeptron da obra de Homero anunciam a descoberta, no esquecimento de que deveríamos também esquecer, parafraseando Érico Veríssimo. Com isso quer-se referir que todo o ponto de partida contém um ponto obscuro que necessita de uma observação de segundo grau (Spencer Brown) a fim de desparadoxizar o ponto original, sob pena de submetê-lo à paralisia da tautologia própria da aplicação de um conceito (ou código binário – Luhmann) sobre ele mesmo.

Neste diapasão, uma pequena construção dos sistemas processuais⁴⁷⁷ é necessária para se poder sedimentar as noções elementares da teoria das nulidades. Como se pode suspeitar, o tratamento da forma processual em um sistema acusatório ou inquisitório demandará concepções, reencontros, categorias e orientações diversas no momento em que se estiver em frente de um ou outro modelo processual⁴⁷⁸.

normativo, sino más bien la definición de una escala de valores ideológicamente orientada. Tan es así, que los caracteres del sistema inquisitivo, y viceversa: cada uno de estos modelos constituye un tipo o modelo ideal, que se situaría en los extremos de un continuum, dentro de cuyos márgenes pueden combinarse de diversos modos, atendiendo a múltiples variables”. ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 136-137.

⁴⁷⁵ Segundo Dalia e Ferraioli, a história do processo penal se caracteriza pela propensão da disciplina, ora para modelos de molde inquisitório ora para modelos de molde acusatório. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Padova: CEDAM, 2006. p. 09.

⁴⁷⁶ “O mito é o que dá uma formulação discursiva a algo que não pode ser transmitido na definição da verdade, porque a definição da verdade só pode se apoiar sobre si mesma, e é na medida em que a fala progride que a ela constitui. A fala não pode apreender a si mesma, nem apreender o movimento de acesso à verdade como uma verdade objetiva”. LACAN, Jacques. *O Mito Individual do Neurótico: ou poesia e verdade na neurose*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 13.

⁴⁷⁷ Segundo Leone a reconstrução histórica do fenômeno processual indica como representação dotada de avançada civilidade bem como expressão de uma exigência humana a constituição de um órgão imparcial para resolver controvérsias sobre conflitos de interesses. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. p. 01.

⁴⁷⁸ “La distinción entre sistema acusatorio y inquisitivo tiene simultáneamente un significado histórico y un significado teórico-dogmático, que no se corresponden necesariamente el uno con el otro. Dicho de otro modo, puede suceder que los rasgos distintivos que efectivamente se sucedieron a lo largo de la historia y que podían clasificarse de un modo u otro, no se consideren esenciales para la formulación del modelo teórico. Puede suceder también que esos rasgos distintivos ya no tengan relevancia en la actualidad, porque ya son patrimonio común de cualquier ordenamiento jurídico moderno”. ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 137.

Como até o presente momento é permitido concluir-se, o processo penal é movido por uma função limitadora. Remonta-se aqui o pensamento de Langenfeld⁴⁷⁹, que de forma lúcida entendeu necessária uma reforma do processo penal para melhor poder assegurar uma redução nas tachas de condenação de inocentes. Ou seja, reduzir o infamante teor dos erros judiciais que extrapolaram qualquer limite aceitável no sistema inquisitorial. Esta instrumentalidade⁴⁸⁰ do processo penal e que será vertida sobre a teoria das nulidades, sedimenta-se, portanto, na proteção do hipossuficiente.

No entanto, a reconstrução epistêmica dos sistemas processuais⁴⁸¹ não pode despir-se da conjunção de outros saberes. Torna-se tarefa infrutífera, para não dizer cega, pretender dar conta dos sistemas processuais sem perceber-se que o processo penal se incrusta na representação e montagens de imagens – emblemas – que permitirão uma organização do saber, não apenas jurídica, mas que se desencadeia em fluxo contínuo, pelas beiradas do simbólico⁴⁸². Atentando-se para as lições de Legendre, o processo penal ganha espaço nas redes emaranhadas do simbólico a partir do momento em que se triangulariza, permitindo a interação do inculcado na relação tricotômica, que diz bem mais do que ontologicamente se poderia esperar do mero *actus trium personarum*⁴⁸³ próprio do academicismo renascentista⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis or a Book on Witch Trials*. Charlottesville: London: University of Virginia Press, 2003.

⁴⁸⁰ “Para Leone a função instrumental do processo apresenta no campo penal maior importância, dado que a aplicação da pena é subtraída tanto do Estado (titular do poder punitivo) quanto do particular que desejasse eventualmente receber a sanção penal. O cânone *nulla poena sine iudicio* se põe não apenas como autolímite para a função punitiva do Estado, mas como limite à vontade do particular, ao qual é negada toda faculdade de se assujeitar à pena. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. p. 01.

⁴⁸¹ “Esta construcción se basa – como ya se ha señalado – en proposiciones valorativas, en las cuales se establece un ‘deber ser’ del proceso que ha de seguir unas líneas, las cuales vienen determinadas desde el punto de vista subjetivo, incluso de un modo más marcado de lo que suele ser habitual en la ciencia jurídica”. ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 137.

⁴⁸² Para Garofoli não existem processos acusatórios e inquisitórios. O que existiria seriam diversas espécies de procedimentalizações da resposta punitiva, das formas mais grosseiras às mais sofisticadas, apenas fazendo sentido se falar na distinção acusatório-inquisitório nesta perspectiva. 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. 517.

⁴⁸³ Muito embora, por exemplo, Conso, em interpretação de duvidável procedência, alegue a dispensa das três partes processuais, afirmando que nem sempre o processo penal exigiria um juiz e duas partes para se desenvolver. CONSO, Giovanni. Considerazioni in Tema di Contraddittorio nel Processo Penale Italiano. In *Rivista di Diritto e Procedura Penale*. a. ix. v. 2, 1966. p. 407.

⁴⁸⁴ “Un proceso criminal representa, en principio, la triangulización del sujeto inculcado. Éste hace frente a su acusador y responde del crimen ante sus jueces, los cuales ejercen el oficio de dar una sentencia jurídicamente fundada en la interpretación del caso a la luz del Corpus de textos. En otros términos, los jueces intervienen

Montero Aroca⁴⁸⁵, por exemplo, nega qualquer função a ser desempenhada contemporaneamente pela análise dos sistemas processuais: “los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual”⁴⁸⁶. Evidentemente, tal posição se mantém ao largo de dois problemas fundamentais: a) de que o sistema inquisitorial foi concebido como mera técnica processual e não como um sistema total de poder penal, perpassando direito penal e criminologia; b) de que a existência de um “modelo puro”, ao eliminar o *actus trium personarum* resumiu o sistema inquisitorial, desconsiderando a sua existência umbrática que até hoje recolhe seus efeitos. Seria leviano, para não dizer manifestamente irresponsável acreditar e tributar ao sistema inquisitório um papel de instituto do passado. As práticas dos tribunais, atualmente, sufragam a sua sobrevivência, principalmente em países – mormente os da América latina – que não se despiram de seus códigos autoritários. Como destaca Zaffaroni – daí a importância do estudo sobre os sistemas processuais, “todo discurso penal autoritario (y totalitario) es una reiteración del discurso inquisitorial”⁴⁸⁷. No mesmo sentido Ferrajoli aponta hoje uma cultura inquisitória dominante: o déficit de garantismo e a cultura inquisitória hoje predominante na magistratura e sobretudo no Ministério Público, são imputáveis muito mais do que a responsabilidade dos magistrados, à legislação penal e processual de que somos dotados⁴⁸⁸.

Por esta razão elementar conjugada com os princípios reitores do Estado de Direito, não há razão aqui para inventariar uma pretensa história de continuidade entre direito grego, romano, comum, até finalmente chegar-se ao Estado Moderno e afirmar

como representantes del En nombre de fundador, es decir, como representantes legales de la Referencia absoluta”. LEGENDRE, Pierre. *Lecciones VIII. El Crimen del Cabo Lortie: tratado sobre el padre*. México D. C: Siglo Veintiuno, 1994. p. 42.

⁴⁸⁵ “No existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, el inquisitivo, y otro sí es procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso”. MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 106.

⁴⁸⁶ MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX*. p. 107.

⁴⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004. p. 27-28.

⁴⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. La Giustizia Penale Penale Nella Crisi del Sistema Politico. In LIBERATI, Edmondo Bruno; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. *Governo dei Giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Feltrinelli, 1996. p. 70.

cabalisticamente a existência de um laço indelével entre distintos e enormes espaços intertemporais.

Igualmente, justifica-se a escolha por um processo penal fundado a partir dos princípios do Estado moderno⁴⁸⁹ pela difícil conclusão sobre a real existência de um processo penal acusatório nos termos definidos pela doutrina como pertencente e integrante da cultura helênica ou romana⁴⁹⁰. Afirmar-se um processo penal originário, além de pretensão incapaz de ser cumprida constitui e configura não a descrição objetiva e atemporal de uma lembrança original⁴⁹¹. Todo o contrário. Consiste em uma descrição pueril, ingênua, que escorrega pelo ralo da tentativa de preenchimento da falta originária⁴⁹². Esta incompletude faz com que algum setor da doutrina procure debruçar-se sobre rastros, cuja tarefa essencial centraliza-se pela justaposição de textos, pela tentativa de ligá-los de forma a lhes dar um sentido unívoco, extrair pistas que prometam resolver as aporias imanentes a qualquer tecido reconstrutivo.

No estado da arte em que se encontra o processo penal dispensável se afigura pretender dar conta de uma falsa completude, ainda mais artificial por se dar em encadeamentos, preenchimentos de lacunas enfim, estabelecer uma história da racionalidade gradativa, compassada e domesticada dos processos de efusão histórica dos sistemas, modelos e regimes sobre o processo penal. Esquece-se da problematização posta por Benjamin, a qual autorizava a compreender a história como um processo de narrativa

⁴⁸⁹ Como afirma Binder: “O sistema inquisitivo não só é uma forma de processo, mas um modelo completo de organização judicial, uma figura específica do juiz e uma cultura também de contornos bem precisos; ele é uma criação do Estado moderno e a monarquia absoluta. Muitos de seus atributos centrais como o caráter escrito, secreto, formalista, lento, inoportuno, dependente, burocrático etc, são qualidades essenciais desse sistema e não defeitos”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 31.

⁴⁹⁰ “Es difícil precisar si en algún momento de la historia, no de la leyenda, existió realmente una actuación del derecho penal con estas características, aunque suele hacerse referencia a la Grecia de Sócrates y a la Roma clásica, si bien en esos momentos históricos no acusaba ya sólo el ofendido por el delito sino cualquier ciudadano, pero es fácil advertir que esa situación, si llegó realmente a existir, no pudo mantenerse por mucho tiempo”. MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III*: proceso penal. p. 15.

⁴⁹¹ “Onde estão a certeza, prova do conhecimento místico, a evidência, fundamento da especulação filosófica, e a própria não-contradição, mais modesta exigência da construção empírico-racionalista?”. LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 83.

⁴⁹² “A experiência primitiva e fundamental do Político, aquele de onde procedem para qualquer sujeito seu próprio mito original e todo um Direito penal com a casuística aferente, não é outra coisa senão a experiência infantil, indefinidamente retomada, com que joga implacavelmente a instituição social para seus fins bem específicos”. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 227.

dos vencedores, olvidando-se dos vencidos. Ou ainda, o que não é raro encontrar, explicações próprias do método positivista – como se a historiografia se resumisse a datas, documentos, nomes, franqueada por uma superficial forma de interpretar os acontecimentos, sempre causais e auto-explicativos. Trata-se de uma proposta sabidamente reducionista que explica os acontecimentos na mesma proporção em que a racionalidade governa o humano, na metáfora do iceberg freudiana⁴⁹³. Aqui valeriam as advertências de Lyotard sobre a inapreensibilidade do instante originário⁴⁹⁴. Como adverte Lacan, “os elementos significantes devem ser definidos em primeiro lugar por sua articulação com os outros elementos significantes. É isso que justifica a aproximação com a teoria recente do mito”⁴⁹⁵. Nessa esteira de pensamento é lógico que o mito do processo penal é a atribuição de um sistema processual penal originário, seja ele acusatório ou inquisitório. Fato é que este significante originário permite que se estabeleça não apenas o seu contraponto, uma vez mais inquisitório ou acusatório. A questão se põe nesse sentido: antes da linguagem haveria linguagem? Ou melhor: as coisas poderiam passar a significar progressivamente, isto é nada significar, significar razoavelmente, até o momento em que passariam a ter significado? Estas questões postas pela tradição estruturalista e que deveriam ser entendidas de uma vez pelos juristas que se propõem a edificar uma história totalizante da cultura jurídica ocidental, permite as seguintes ilações: a) em primeiro plano, não se pode fixar de uma vez por todas a espécie de sistema processual adotado seja na Grécia, seja em Roma; b) o sistema processual tão somente passa a ter significado na contraposição com outro que se lhe oponha. Aqui, invocando-se Nietzsche, se o belo é belo porque alguém algum dia afirmou que aquilo assim o era, da mesma forma, o sistema acusatório ou inquisitório é nominação, é semântica e esta relação se dá no campo do simbólico. O significante

⁴⁹³ Exemplar nesse sentido o reducionismo levado a cabo por ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*. O autor consegue paradoxalmente traçar uma história atemporal dos sistemas processuais aparentemente movido por uma ânsia em provar que a gestão da prova não configura critério divisor entre os sistemas acusatório e inquisitivo. Decorrencia disso é a fabricação de conceitos que se movem por uma disputa de território motivada nada mais do que por aquilo que Freud poderia denominar de retorno do recalcado (a denegação – “não é a gestão da prova”). De toda sorte, ao fim e ao cabo o que se tem é aquilo que Baudrillard poderia chamar de “crime perfeito”, desta vez contra a própria historiografia, pretendendo-se “mais original que o original”.

⁴⁹⁴ “Ao lembrarmos, queremos mais ainda. Queremos agarrar o passado, apreender o que se torna passado, dominar, exibir o crime inicial, o crime original, perdido, manifestá-lo como tal, como se ele pudesse desembaraçar-se do seu contexto afectivo, das conotações do erro, da angústia, as quais ainda hoje se fazem sentir e que justamente motivam a idéia de uma origem”. LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1997. p. 38.

⁴⁹⁵ LACAN, Jacques. *O Seminário IV: a relação de objeto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 296.

originário nada diz, não pode conter todos os significados. Com efeito, que operação simbólica se encontra na nominação do “sistema originário” se como significante primevo tão somente se poderia oferecer-lhe contingencialmente, à evidência, o oposto, espécie de consorte e par sem o qual o significado esvazia-se?⁴⁹⁶ Em outras palavras, a nominação que se atribua à esta ou àquela característica do sistema processual em qualquer etapa de formação do pensamento jurídico resvala pela impossibilidade, congênita ao significante zero, da nominação antitética. Os sistemas processuais são conhecidas categorias da modernidade⁴⁹⁷, cujos textos, nas mais das vezes produto da romanística⁴⁹⁸, dizem respeito à imputação retrospectiva de características de sistemas encontrados na modernidade, no direito comum quem sabe, que numa espécie de arco hermenêutico (Bergson⁴⁹⁹) explicam aquela cadeia originária, desde já demonstrando a dicotomia fundamental em espasmos históricos, na colmatação de hiatos e na apoteose do movimento político (democracia x totalitarismo) ao entabular o primeiro encadeamento sónico. A partir daí se explica fácil e não menos superficialmente como surgiu este ou aquele sistema. A efusão de datas, acontecimentos singulares e principalmente, os documentos ancestrais, imunes à discussão provam por si. A montagem do arsenal lingüístico se consolida, os ânimos se pacificam. Do presente ao passado e de volta ao presente, tudo se encaixa perfeitamente. O intérprete passa então a domesticar as situações que lhe convêm. A história, refém do nomoteta, no famoso leguleio de que falam Cárcova e Ruiz, diz o que o intérprete diz que ela diz. Para finalizar, trazendo de novo o pensamento de Lacan sobre o mito, pode-se dizer que “um

⁴⁹⁶ “O homem, porque é homem, é posto em presença de problemas que são, como tais, problemas de significantes. O significante, com efeito, é introduzido no real por sua própria existência de significante, porque existem palavras que se dizem, porque existem frases que se articulam e se encadeiam, ligadas por um meio, uma cópula, da ordem do por que e do porque. É assim que a existência do significante introduz no mundo do homem um sentido novo”. LACAN, Jacques. *O Seminário IV: a relação de objeto*. p. 299.

⁴⁹⁷ “Si el concepto inquisitivo aúna todo lo malo, el término acusatorio, a su vez, como efecto reflejo, se erige en símbolo de todo lo bueno, y se lo identifica con los valores de la justicia, la igualdad y el respeto de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado. De ahí que el llamado principio acusatorio sea invocado como garantía de todas las actuaciones del proceso y el ideal a alcanzar en la búsqueda de una justicia penal en el siglo XXI”. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal*. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 14.

⁴⁹⁸ “A fusão canónico-romanista, efectuou-se, antes de mais, em Itália, local geográfico adequado a tal aglutinação institucional e onde a escola de glosadores, canonistas e pós-glosadores elaborou, com base na hermenêutica do material jurídico romano, uma sistematização de novos princípios processuais penais”. BARREIROS, José Antonio. *Proceso Penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 32.

⁴⁹⁹ BERGSON, Henry. *Matéria e Memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

mito é sempre uma tentativa de articular a solução de um problema”⁵⁰⁰. Segue ainda Lacan afirmando que a forma de se conceber o sujeito humano “trata-se de passar de um certo modo de explicação da relação-com-o-mundo do sujeito ou da sociedade em questão para outro modo – sendo esta transformação requerida pela aparição de elementos diferentes, novos, que vêm contradizer a primeira formulação”⁵⁰¹.

Em síntese, percebe-se que a nomeação de um sistema como acusatório ou inquisitório somente ganha sentido (e este encadeamento de significantes, como prenunciara Jakobson⁵⁰²) na existência de outro modelo a lhe dar aparência. Como no estágio do espelho lacaniano, em que a criança se dá conta de seu corpo, percebe sua finitude ao reconhecer que não é tudo. Uma vez mais, atribuir-se o sistema acusatório como o sistema originário, como nas Eumênides, ganha sua razão de ser como mito fundante, a permitir a ordem simbólica se instaurar. Um último exemplo do processo de fundação: como Ferri propõe, ao fundar a escola positiva, nominar tudo aquilo que antecedeu como escola clássica (e autorizar a produção de diferença), não se estaria a fazer igual movimento no âmbito dos sistemas processuais? Romanos e gregos denominavam suas normas processuais como produtos acusatórios ou inquisitórios? Que sistema processual acusatório poderia ser extraído de um conceito de ação cujo desprendimento do direito material iniciasse tão somente na pandectística, com a célebre polêmica da *actio*?⁵⁰³ Como acentua Nietzsche, “com a penetração na origem aumenta a insignificância da origem”⁵⁰⁴.

Estas perguntas, deixadas em aberto, conduzem ao ponto em torno do qual os sistemas processuais constituem-se, seguindo-se as pistas do estruturalismo, como espécies de mitos fundantes do discurso processual penal. São eles que possibilitam o encadeamento de significantes, podendo-se dizer, analogicamente ao pensamento lacaniano, que constituiriam significantes que permitiriam o reconhecimento de outros significantes. Uma última advertência. O recurso à função mítica não significa afirmar-se a inexistência epocal desses modelos de gestão política do processo. Assim como a metáfora do pai não significa que “os pais não existem” ou que “o patriarcado jamais existiu”, reconhece-se plenamente que o sistema acusatório e o inquisitório podem ser encontrados em determinado momento

⁵⁰⁰ LACAN, Jacques. *O Seminário IV: a relação de objeto*. p. 300.

⁵⁰¹ LACAN, Jacques. *O Seminário IV: a relação de objeto*. p. 300.

⁵⁰² Cf JAKOBSON, Roman. *Linguística e Comunicação*. São Paulo: Cultrix, 2000.

⁵⁰³ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polêmica Sobre la Actio*.

⁵⁰⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. p. 42.

histórico. Todavia, deve-se reconhecer que os sistemas não são “fatos naturais” e que são produtos culturais. Com isso, assim como para Levy-Strauss o processo de passagem da natureza à cultura é um entre-lugar (dizer sim à cultura é ao mesmo tempo dizer não à natureza), refuta-se aqui traçar a usual explicação histórica originária que remonta Grécia e Roma a fim de exatamente não “naturalizar” os sistemas processuais. Uma vez mais, os sistemas processuais são produtos culturais de uma época, não podendo surgir como um fenômeno da natureza. Desta maneira, há que se partir de um núcleo fundante, uma opção teórica a fim de tratar o fenômeno.

Nesta ordem de idéias, de antemão acolhem-se as lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Júnior, Salo de Carvalho, Geraldo Prado e outros tantos, apenas para ficar no cenário nacional, que reconhecem como um divisor de águas entre sistema acusatório⁵⁰⁵ e inquisitório⁵⁰⁶ a gestão da prova⁵⁰⁷. Com relação ao sistema acusatório, atribui-se-lhe como característica fundamental a passividade do juiz, que se limita a fiscalizar as regras destinadas a assegurar o equilíbrio da distribuição de oportunidades processuais entre as partes⁵⁰⁸. Não se pode esquecer que o reconhecimento da passividade do juiz inicia-se desde o momento em que órgão diferente do juiz oferece a acusação. A exigência de um terceiro no escopo de possibilitar um processo formado por três sujeitos distintos permite poder-se falar em um juiz que não possua poderes

⁵⁰⁵ “Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rigidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 564.

⁵⁰⁶ “Llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa. Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados de enjuiciamiento”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 564.

⁵⁰⁷ De acordo com Cordero, diz-se processo inquisitório aquele que se resolve na relação juiz-imputado (a imputação e a sentença são obra de um mesmo órgão); no outro, a mesma palavra, designa um processo no qual as provas são recolhidas secretamente. A primeira diretiva não implica a segunda, de modo que convém precisar caso a caso o valor do adjetivo: é imaginável um processo instaurado *ex officio*, no qual o defensor assista à formação das provas; e é possível que, malgrado a distinção orgânica entre acusador e juiz, o acusado seja retirado do desenvolvimento do iter instrutório. CORDERO, Franco. La Riforma Dell’Istruzione Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. vi. v. 3, 1963. p. 715.

⁵⁰⁸ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. p. 105.

instrutórios. Desta maneira, aqui será entendido o sistema acusatório⁵⁰⁹ como aquele que ao instituir sujeito processual diverso do julgador para ajuizar a acusação, mantém o magistrado afastado da gestão da prova. Também não se buscará aqui tecer uma distinção supérflua entre o sistema acusatório e o *adversarial system* inglês como espécie do gênero referido⁵¹⁰. Tampouco se pretende aqui examinar o sistema misto, que mais não é do que o sistema napoleônico e que equivocadamente alguns doutrinadores insistem ser o sistema adotado no Brasil⁵¹¹.

Tomando-se por base as lições de Coutinho, não se pode falar de um sistema misto pela inexistência de um princípio misto (se se quiser levar a cabo uma concepção estrita de princípio, que não passe de mera conjectura infundada), apesar de alguns autores acreditarem em sua existência⁵¹². Assim, tomando-se como norte a separação em dois grandes blocos de sistemas processuais – acusatório e inquisitório – deve-se aprofundar um e outro sistema a fim de se poder apurar a relação que a forma processual guarda com um e outro modelo⁵¹³.

Também como advertência preliminar, partir-se-á aqui diretamente da caracterização de um e outro sistema. Não se efetivará, até mesmo pela coerência com o anteriormente referido acerca do significativo primeiro, promover uma discussão sobre

⁵⁰⁹ No escopo de chamar a atenção para a exigência de parte estranha ao juiz para fazer valer juízo de acusação e finalmente, com o recebimento da peça incoativa instaurar o processo Geraldo Prado: “O princípio acusatório funde acusação e ação penal, justamente por não admitir a existência de processo condenatório sem iniciativa da parte autora (*nemo iudex sine actore*), e, em vista dele, somente se a ação penal for proposta e desenvolvida ao longo do processo, haverá, após a contraposição da atividade de defesa, autorização jurídica para a prolação de decreto condenatório”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 112.

⁵¹⁰ Para alguns doutrinadores, o sistema acusatório comportaria duas espécies: o *adversarial system* (em que a atividade probatória residiria no juízo de oportunidade das partes) e o *inquisitorial system* (prevendo poderes instrutórios ao magistrado). Como adverte Prado “a artificial designação de sistema adversarial, para definir o acusatório em que a inércia probatória do juiz é regra, para distingui-lo de outro sistema acusatório em que o juiz tem poderes instrutórios, só atende ao propósito de tentar prolongar a vida do Código de Processo Penal de 1941”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. p. 140. Mais adiante, o mesmo autor adverte que “Não por acaso o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida à sua Constituição”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. p.140.

⁵¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*.

⁵¹² Admitindo a existência de um sistema misto Cf ASENCIO MELADO, José María. *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. Madrid: Trivium, 1991. p. 14.

⁵¹³ Nos termos de Pisapia, a diferença substancial entre os dois tipos de processo é, mas, não apenas e nem tanto a diversa estrutura e os diversos papéis que desenvolvem juízes e partes, mas o modo como são garantidos os direitos das pessoas. PISAPIA, Gian Domenico. *Il Nuovo Processo Penale: esperienze e prospettive*. In *Rivista di Diritto e Processo Penale*. a. xxxvi. n.1, 1984. p. 06.

“origem”, surgimento, cultura epocal ou ainda a série de elementos cuja complexidade é inapropriável, a fim de explicar o nascimento do sistema acusatório e inquisitório. Por se ter em vista panoramas mais módicos e pela relação entabulada entre forma e sistema processual, objeto central da investigação, deixa-se de lado a usual configuração histórica dos sistemas processuais para nos ocupar de sua estrutura.

Um último aviso se faz da mesma maneira relevante. O enfrentamento da temática dos sistemas não procurará esmiuçar e traçar recortes analíticos que versem diretamente sobre as características geralmente creditáveis a ambos os sistemas. Investigar alguns temas sem, no entanto promover tipos ideais será a atividade realizada, colacionando temas convergentes, sem uma preocupação extremamente rigorosa e separatista dos temas. Esta preocupação excessiva com o rigor da montagem dos sistemas tem redundado em sistemas contrafáticos, erigidos sob uma pretensa unidade científica e que, no entanto pouco ou nada contribuem para o desenvolvimento do processo penal contemporâneo, a não ser a mitificação do racionalismo academicista. Investigar estaticamente fenômenos absolutamente mutáveis apesar da falsa segurança que promete, não tem o condão de trazer novos aportes para a teoria dos sistemas processuais e, por conclusão, na sua modelagem da forma processual.

Preliminarmente, será construída uma montagem epistemológica do sistema inquisitorial e suas manifestações no processo penal.

1.6 Processo Penal e Sistema Inquisitorial: núcleo fundante e princípios informadores

O sistema inquisitorial⁵¹⁴ aparece, na análise dos sistemas processuais, como um modelo geralmente oposto ao acusatório. Muitos autores atribuem características diametralmente opostas a ambos os sistemas. De regra, a preocupação se dá no sentido de firmar e traçar rigorosamente perfis antitéticos, dissimetrias que sem sombra de dúvidas, protagonizariam uma remissão mútua.

⁵¹⁴ De acordo com Bellavista os séculos que vão desde Justiniano a Torquemada não mudam o sistema, nem o grau de civilidade ou incivilidade. Os lugares dos cristãos encabeçando a Santa Inquisição são tomados pelos judeus e pelos marranos. BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1973. p. 12-13.

Sem partir daqui para a investigação histórica⁵¹⁵, como no tópico precedente justificado, a tarefa é realizar uma digressão pelos dois sistemas processuais e algumas de suas atribuições, características, imperfeições, enfim. Inexiste uma linha evolutiva que possa identificar o nascimento de um sistema que evolui paulatinamente para outro oposto. A conexão de um sistema processual à política⁵¹⁶ parece, pelo que se pode recolher de alguns sistemas, sejam eles históricos ou de direito comparado, inevitável, posto compreender, à luz de seus princípios reitores, o problema capital de uma decisão de política criminal. De um lado é possível privilegiar a forma, os direitos fundamentais, as regras do jogo. Tem-se nesse prisma, a opção pela minimização do erro judiciário tendente à condenação do inocente. Está-se diante do sistema acusatório. De outra ordem, o sistema inquisitório movido pela hiperatividade do controle social, teria como grande meta a erradicação do mal, concretizado e cristalizado na figura do outro. Equivocado parece delimitar o sistema inquisitório à Inquisição propriamente dita⁵¹⁷. O seu espírito reaparece geralmente em ordenamentos políticos de cariz totalitarista, como o fascismo italiano ou o

⁵¹⁵ Como apontaria Cordero sobre o surgimento do modelo inquisitorial natural que venha do sudoeste: derrotados os ocitanos em uma guerra devastadora (de 1208 a 1229, e no colapso da autonomia política é aniquilada uma esplêndida cultura), o *establishment* eclesiástico trabalha a recuperação da moral, que exige trabalho policesco e repressões exemplares, porque a heresia sobrevive através de diversas pistas submersas dos Pirineus aos Alpes, com disseminações na planície da Padânia. Que os acusadores sejam supérfluos e ao processo bastem os suspeitos é máxima erigida no IV Concílio de Latrão, 1215: entretanto, os órgãos resultam inadequados para a enorme tarefa; os tribunais episcopais tendem ao laxismo. A estrutura emerge lentamente: primeiro pelos legados papais; depois entram em cena os dominicanos; aparecem precocemente em Firenze, em 20 de junho de 1227; quando Inocêncio IV emite a Bula ‘Ad Extirpanda’, 15 de maio de 1252, o aparato tornou-se definitivo. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 46.

⁵¹⁶ “La Inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima *salus publica suprema lex est*, se tradujo al procedimiento penal y redujo al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual perdió su consideración como un sujeto de derechos, y, también, en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuese, para alcanzar su fin: reprimir a quien perturbara el orden creado (*expurgare civitatem malis hominibus*). De allí las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la *persecución penal pública* de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión, y el procedimiento dirigido a la meta principal de *averiguar la verdad*, objetivo para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 446.

⁵¹⁷ “La jurisdicción eclesiástica aparece primero como un instrumento para defender los intereses de la Iglesia y sustraer a los clérigos de la jurisdicción secular. Después de torna en atributo de influencia y dominación, para menoscabo de la propia autoridad real, en virtud de una paulatina multiplicación de los hechos que se consideraban lesivos de tales intereses. El fundamento religioso que la sustentó al comienzo se fortificó con el político”. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1956. p. 80.

nacional-socialismo alemão. Isso sem contar o predomínio da relação do juiz com a verdade⁵¹⁸, facilmente encontrável na maioria dos sistemas democráticos, o que pode ser atribuído parcialmente pela aversão do direito ao diálogo com outras disciplinas.

Como se pode notar, a fachada jurídica de tais sistemas, em específico o processo penal, pode aparecer como freio ao poder estatal ou como ferramenta para tornar mais eficiente a persecução penal. No primeiro, pelo engessamento e pelo endurecimento quanto às regras do jogo, consubstancia-se o sistema acusatório ao passo que a flexibilização, o amorfismo, a preponderância dos fins sobre os meios dará ensejo à consolidação de um modelo inquisitorial⁵¹⁹.

Observa-se, assim, uma atitude perante o processo penal que em última instância poderia estabelecer as diretrizes mais específicas, em âmbito de normatização, hábeis a tornar o processo uma maneira eficientista de controle social ou então, a limitar o sistema punitivo a partir de limites bem definidos. Perceptível, nesse ínterim, verificar que uma análise do processo penal desprovida e despojada de ilações com a política criminal assim como com a criminologia tão somente poderá oferecer respostas parciais. O processo penal e os sistemas processuais não são estruturas dissociadas seja do social, do político, do imaginário social, do simbólico⁵²⁰.

⁵¹⁸ “No existe un ejemplo más directo de este compromiso que los límites referidos a la actividad probatoria. Proveniente del régimen inquisitivo, la averiguación de la verdad histórica es una de las metas a las que está destinado el procedimiento penal, incomprensible culturalmente sin referencia a ese sistema; tanto es así que ella fue propuesta como uno de los fines de la función judicial del Estado en materia penal, al punto de erigirse – con ciertas limitaciones – en facultad o deber de los jueces (*investigación judicial autónoma*)”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 663.

⁵¹⁹ Para Nappi a contraposição entre modelo processual inquisitório e modelo processual acusatório sublinhou a imagem e a realidade da história do processo penal, que diz respeito fundamentalmente à relação entre os papéis do acusador e do juiz, rigorosamente separados apenas no sistema acusatório; mas também há implicações metodológicas bem mais significativas, com a aquisição da distinção entre os papéis processuais. O processo inquisitório se funda no pressuposto de uma autossuficiência metodológica do juiz acusador, que pode procurar e conhecer sozinho uma verdade oponível a todos. O processo acusatório, ao invés, é movido por um pressuposto de ‘divisão da consciência’, quer dizer, do pressuposto de que somente o confronto de diversas perspectivas das partes permite ao juiz colher e multiplicar significados dos fatos e compreender os reais valores sociais. NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura Penale*. p. 05.

⁵²⁰ “No será posible, mientras se mantenga la base del sistema penal, pena estatal y persecución penal pública, lograr un procedimiento que se pueda caracterizar, desde el punto de vista material, bajo el rubro del principio acusatorio. Empero, según ya lo hemos observado, la reforma de la Inquisición tradicional consistió, precisamente, en una aproximación formal a ese principio, a pesar de partir de su opuesto. La lucha ideológica entre el régimen antiguo, la Inquisición, y su limitación por el Estado de Derecho, decantó, en el siglo XIX, en la tensión que, formalmente, casi siempre dio prioridad al procedimiento inquisitivo”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 389.

Dentro de uma ótica estritamente processual, o sistema inquisitório⁵²¹ viria caracterizado por ser um processo em que o magistrado poderia iniciá-lo de ofício⁵²², muito embora se admitisse (o que era mais raro embora não vedado) uma *notitia criminis* e inclusive um acusador público. A ausência de imparcialidade⁵²³ do magistrado era corolário lógico de sua atuação como verdadeira parte⁵²⁴. Somada a esta característica, o sistema inquisitorial era escrito, secreto, ausentes a ampla defesa e o contraditório, bem como era tarefa do juiz recolher a prova. Ademais, autorizava-se o juiz a recorrer à tortura⁵²⁵ a fim de extrair a confissão, considerada prova cabal do crime (verdade real ou material⁵²⁶). O crime de heresia escondia-se na alma (*quia peccatum*) cuja obtenção da verdade deveria necessariamente brotar do próprio acusado. Apesar da possibilidade de atuação de advogados na defesa do réu, a defesa não era plena, possuindo limites ao seu exercício⁵²⁷. No sistema inquisitorial o acusado era considerado mero objeto de investigação, não se podendo falar então em igualdade de partes, direito à interposição de recursos, dignidade da

⁵²¹ Nas palavras de Manzini, “el proceso inquisitorio, blanco de tantas y tan burdas declamaciones demagógicas, se desarrolló, como una necesidad social, sobre la base del proceso acusatorio, conservando de él las formas que eran compatibles con la propia estructura”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 49.

⁵²² “O sistema inquisitório define-se pela cumulação, nas mãos da mesma entidade, das funções de instrução, acusação e julgamento, agindo esta sempre sob um estatuto que lhe outorga uma nítida superioridade, relativamente ao arguido”. BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. p. 13.

⁵²³ “Quanto à imparcialidade, necessita-se confiar na correição do inquisidor, empenhado em uma tarefa superior às forças humanas; o imputado, mais que uma pessoa, é o instrumento do qual se dispõe para se ‘fazer justiça’”. CORDERO, Franco. La Riforma Dell’Istruzione Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. vi. v. 3, 1963. p. 716.

⁵²⁴ Para Lozzi a “terceiridade” do juiz resultaria arranhada no momento em que a iniciativa instrutória inevitavelmente integraria uma atividade supletiva a respeito de um comportamento omissivo de uma das partes. Em outros termos, segundo seja a prova colhida pela iniciativa do juiz favorável à acusação ou à defesa, o juiz suprimiria a inércia de uma das partes, o que contrastaria com a sua posição de terceiro. LOZZI, Gilberto. I Principi Dell’Oralità e del Contradittorio nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XL, 1997. p. 673.

⁵²⁵ “Es por ello que la *tortura o tormento*, no practicada por los germanos sino en casos excepcionales, retornó aplicada a todos los acusados – y no sólo a los testigos esclavos o indignos, incapaces de prestar juramento, como en Grecia o Roma – como método ‘científico’ para averiguar la verdad”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 292. Também para Cordero o procedimento é invadido por uma ânsia por conclusões verdadeiras: este motivo impulsionado pela obsessão e por algumas malentendidas ilusões obre a idoneidade do meio, conduziram à vergonha para a espécie humana que é a tortura. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. Torino: Giuffrè, 1966. p. 153.

⁵²⁶ Nos termos de Manzini, “en el proceso penal, por tanto, la más amplia, la más ilimitada y normal superficie de penetración está de ordinario reservada a la verdad material, en forma que el juez tiene el poder y el deber de convencerse libremente, o sea, de tratar de conseguir el conocimiento del hecho que mejor responda a la realidad de ese mismo hecho. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. 261-262.

⁵²⁷ “La quiebra fundamental en este sistema es la ausencia de contradicción, lo que hecho, le priva de un elemento consustancial a su configuración como auténtico proceso”. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. p. 29.

pessoa humana⁵²⁸ e principalmente, em coisa julgada nos casos de absolvição. Não aparece aqui, o princípio do *in dubio pro reo*.

Do ponto de vista antagônico o sistema acusatório aparece como um processo de partes⁵²⁹, em que a acusação era oferecida por terceiro diverso do juiz⁵³⁰. Como afirma Florian, não é imaginável uma forma acusatória na qual as partes não possuam poderes instrutórios; é imaginável, ao revés, que não possua o juiz⁵³¹. A este não caberia intervenção na produção da prova⁵³², limitando-se à análise daquelas propiciadas pelas partes⁵³³ ao trazê-las aos autos⁵³⁴. Como terceiro equidistante, o princípio da imparcialidade era obedecido. Também de regra o sistema acusatório⁵³⁵ é apontado como oral, público,

⁵²⁸ Cf ARMENTA DEU, Teresa. Principios y Sistemas del Proceso Penal Español. In QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El Nuevo Derecho Penal Español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muniz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

⁵²⁹ “Bajo el dominio del principio acusatorio formal, el proceso penal se convierte en un « proceso de partes ». En él no se enfrentan ya, como antes, el juez (« inquiriente », tribunal inquisitivo) como único sujeto del proceso y el inculcado (« inquirido ») como el objeto de la inquisición, sino que desde el acto de la acusación y durante todo el proceso hay tres personas en el mismo: el tribunal (el Estado, como persona imparcial), e acusador y el inculcado”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 64.

⁵³⁰ “El estilo inquisitorio implica máquinas monologadoras y automatismos teóricamente perfectos; nada se deja al acaso; prevé todo lo que juzga. En la fórmula acusatoria pura el actor dispone de la acción y los contendientes instruyen; el juez o juzgador está entre los dos, como espectador inmóvil”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 319-320.

⁵³¹ FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932. p.101.

⁵³² “En coherencia con un sistema basado en el enfrentamiento de las partes ante el juez imparcial, la iniciativa probatoria corresponde a las partes, que serán las que señalen las pruebas a practicar, soliciten su admisión, y finalmente procedan directamente a su práctica, mediante el examen cruzado (*esame incrociato*) de las mismas”. ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 156.

⁵³³ “El sistema acusatorio se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un Tribunal imparcial que juzga. El sistema inquisitivo, por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, al eliminar la necesidad de un acusador para poder juzgar, pues tal función queda asumida por el órgano enjuiciador”. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. p. 27-28.

⁵³⁴ Segundo Conso, O perfil do rito acusatório na sua forma extrema resulta da combinação de uma série de princípios, dentre os quais destacam-se os dois seguintes: 1) necessidade de uma acusação proposta e sustentada por um sujeito distinto do juiz; 2) exclusão de qualquer liberdade do juiz no recolhimento da prova, seja à carga das partes ou não, e alegações das próprias partes, do acusador e do imputado. CONSO, Giovanni. Vero e Falso nei Principi Generali del Processo Penale Italiano. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. I. v. 2, 1958. p. 290.

⁵³⁵ “Para que el contradictorio sea equilibrado es necesario que el juez se mantenga equidistante entre las partes; y no puede mantenerse equidistante si institucionalmente se encuentra involucrado en la construcción de una hipótesis sobre un delito que ha de verificar, y si se implica en la búsqueda de las pruebas que sostengan dicha hipótesis. Por este motivo resulta esencial que la búsqueda de las pruebas para sostener la acusación sea atribuida al ministerio público, de tal manera que el juez, en la fase de la investigación preliminar, sólo intervenga s así lo solicitan las partes. De lo contrario, se vería afectada su objetividad para emitir un juicio”. ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 152.

regrado pelos princípios do contraditório⁵³⁶ e da ampla defesa. Como sintetiza Illuminatti, “carácter esencial distintivo del modelo teórico del sistema acusatorio, el principio según el cual la prueba se obtiene a través del enfrentamiento contradictorio (*contraddittorio*) entre las partes, ante el juez decisor”⁵³⁷.

Já o acusado não era mero objeto de investigação, mas pelo contrário, sujeito de direitos (*ne peccetur*). Assim, a dignidade da pessoa humana e a igualdade processual eram princípios respeitados. O resultado dessa concepção é uma verdade processual contendo limites à sua perseguibilidade. Inadmissível, portanto, a utilização da tortura a fim de se extrair a confissão. De regra admitem-se recursos e ações impugnativas, há a instituição da coisa julgada nos casos de absolvição. O princípio do *in dubio pro reo* é instituído.

Esta é a designação que comumente a doutrina oferece para a descrição de ambos os sistemas, de regra em linhas antagônicas. Entretanto, a abordagem que aqui se tratará de realizar divergirá da descrição clássica anteriormente exposta. Como destaca Ferrajoli, o direito é uma linguagem artificial⁵³⁸. E foi através de construtos semânticos não sujeitos a um controle bem definido que o sistema inquisitorial não apenas permaneceu por grande tempo como modelo de processo penal, como foi possível oferecer uma resposta altamente eficiente⁵³⁹. A obtenção de um número maximizado de culpados como estratégia de controle social⁵⁴⁰, a manipulação da prova mediante recursos a fórmulas obscuras, a própria

⁵³⁶ “Se ha dicho, con razón, que no ha existido un único proceso acusatorio, sino múltiples formulaciones de la idea del enjuiciamiento basado en la decisión de un tercero imparcial sobre la base de lo alegado y probado por dos partes enfrentadas en un debate contradictorio”. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal*. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. 15.

⁵³⁷ ILLUMINATTI, Giulio. *El Sistema Acusatorio en Italia*. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 138.

⁵³⁸ “El derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 70.

⁵³⁹ A inquisição, segundo Cordero, Nasce como uma resposta defensiva que tende a soluções radicais; o ordenamento constituído se encontra em perigo desde dois planos, eclesiástico e laico. Ao alarmante fenómeno herético correspondem, nos centros urbanos e mercantis, inquietações difusas frente à delinquência infectante da expansão econômica. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 44.

⁵⁴⁰ “Un sistema que concibió la finalidad del procedimiento como método para averiguar la verdad histórica debió imponerse fácilmente por la vía de la razón y de la liberación popular. El Derecho real, abrevado en las fuentes del Derecho romano-canónico, impuso ese método más civilizado y culto, aun cuando terminó, en razón de la concepción de sus metas como absolutas, por someter al hombre a la peor servidumbre e indignidad; ello no importa aquí: en la época, sólo importó la supremacía de su principio cultural”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 295.

tortura utilizada em prol de uma dirigência confessional construiu um sistema perverso na obtenção de seus fins e fundado sobre um pano de fundo paranóico⁵⁴¹.

A maleabilidade dos fluxos verbais, as construções semânticas manipuladas pelo inquisidor, a ausência de formas processuais que estabeleçam limites à atividade persecutória⁵⁴² inauguram um panorama em que se instalam delírios, induções, a introspecção como sonda psíquica⁵⁴³. Os pequenos microdespotismos⁵⁴⁴ capazes de fazer brotar palavras em verdadeiros aluviões⁵⁴⁵, a conversão do processo em psicoscopia (submissão do acusado a um ritmo fatigante e flexível)⁵⁴⁶, busca pelo “arrepentimento como psicoterapia, metanóia”⁵⁴⁷, a montagem de um cenário propício ao desenvolvimento de uma cultura paranóide faz da utilização do processo uma máquina letal perfeita, o que Cordero vem a conceber como distorção inquisitória⁵⁴⁸. Como aponta Freud, “as palavras são um material plástico que se presta a todo tipo de coisas. Há palavras que, usadas em

⁵⁴¹ “A demonstração jurídica retraça firmemente, no âmago mesmo da contestação dita revolucionária mas ainda piedosamente nacionalista, a busca dos culpados, sempre retomada, a velha Ciência sempre a obrar (com nomenclatura de empréstimo), para revisar os nomes dos delitos e das penas, a simulação permanente de dizer a verdade do Mal e do Crime, mas evitando evadir-se dos temas consagrados”. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 39.

⁵⁴² Para Salas o modelo da inquisição aparece dominado pela figura de um juiz, investido de um poder discricionário, que procede diretamente. SALAS, Denis. *Du Procès Pénal: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*. Paris: PUF, 1992. p. 47.

⁵⁴³ “Le stilo inquisitorio multiplica los flujos verbales, pues de acuerdo con él, es preciso que el acusado hable, y que el proceso se convierta en una sonda síquica. El inquisidor trabaja con manos libres, indiferente ante los límites legales, pero recoge toda sílaba, y por ello la obsesión microanalítica desarrolla un formalismo gráfico, y ningún hecho es en realidad un hecho mientras no figure en una página”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 285.

⁵⁴⁴ De acordo com Cordero a história do processo inquisitório, no modelo revelado pela praxe italiana no século do Renascimento revela um complexo fundo cultural no qual se mesclam escrúpulos de verdade e espírito formalístico. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 152.

⁵⁴⁵ Quanto ao sistema inquisitório, assevera Cordero que a máquina nada perde: se o inquirido nega, o atormentam até que confesse, e, ratificada, se transforma numa confissão voluntária; todavia ninguém confessaria se não fosse constrangido; neste ponto as sessões de tortura não são mais uma tarefa qualquer; o interrogador a prepara como uma ordália antidiabólica. Muito evidente o fundo exorcístico: por exemplo, vem recomendada a integral depilação do inquirido; o tormento deve ser tal que Satanás não lhe iluda com uma anestesia ou energia anormal acionada no paciente. CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 432.

⁵⁴⁶ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I.

⁵⁴⁷ CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 456.

⁵⁴⁸ Para Cordero se está diante da usual distorsão inquisitória: com seus indícios irresistíveis, o imputado sofre uma pena integral. O próprio mecanismo decisório investe em ambos os elementos do crime; objetivo e psíquico, com algumas diferenças conaturais aos respectivos campos: um fato físico pode se dar perante os olhos de um juiz ou ser narrado por testemunhas; o interno psíquico é somente inferível a partir de seus sintomas, se o imputado não confessa; a respeito do dolo, em seguida, basta à condenação integral os indícios cujo equivalente de sua conduta motivaria, somente uma subpena”. CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 267.

certas conexões, perdem todo seu sentido original, mas o recuperam em outras conexões”⁵⁴⁹.

A garantia constante da manipulação e da fabricação⁵⁵⁰ dos indícios suficientes, como indica Eymereich⁵⁵¹ permite, por exemplo, que qualquer que seja a resposta oferecida pelo acusado em seu interrogatório, ela baste para se esgrimirem indícios, provas semiplenas ou se autorizar a tortura. Essa sonda psíquica não resiste à agonística⁵⁵² do sistema adversarial⁵⁵³. O solilóquio⁵⁵⁴, o gênero avesso ao *fair trial*, a incursão dos fantasmas do inquisidor não são defeitos. São ao contrário virtudes de um sistema fadado à fabricação – sonho da modernidade – como diria Camus, de “um estado de peste”.

É preciso que uma cultura policialesca floresça. Sem ela, a máquina perderia eficiência. A vigilância mútua como apontava Foucault, uma sociedade panóptica era o contraponto sobre o qual a atividade do inquisidor adquiria legitimidade. Sem o imaginário social que autorizava: a) a existência e a prática das heresias; b) a legitimação do inquisidor e sua aptidão para erradicar o mal da Terra; c) a necessidade destas medidas de caráter policialesco, que em certa medida assemelhavam-se ao controle panóptico da sociedade que legitimava o aparato punitivo⁵⁵⁵ não se poderia manter o sistema inquisitorial.

⁵⁴⁹ FREUD, Sigmund. Obras Psicológicas Completas. v. VIII: Os Chistes e Sua Relação com o Inconsciente. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 41.

⁵⁵⁰ “Um discurso é ordenado para peneirar a verdade, reduzir-lhe o peso e definir para cada um seu lugar no processo; sem essa lembrança, nem a crença política nem a imposição de adestramento sob a regra são compreensíveis. A ilusão de que não haja outra verdade senão aquela, dita em nome do texto por seu intérprete qualificado, aí está o início do jogo institucional, na aproximação do discurso inserido em um escrito rigorosamente defendido. É por isso que o sistema ocidental das censuras é inseparável de um saber particular, o da norma escrita e do fechamento desta em um objeto autenticamente sagrado, o Livro. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 73.

⁵⁵¹ Cf EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Revisto e Ampliado por Francisco de la Pena em 1376. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

⁵⁵² “Para que a decisão sobre o verdadeiro e o falso se livrasse do ordálio, única prova, durante muito tempo, a contradizer o absoluto da fala, foi preciso, de fato, que os jogos da ágora, no decorrer do trabalho em que se deu um “sentido mais puro” às palavras em confronto com as tribos, isolassem as regras da justa dialética mediante a qual ter razão era sempre triunfar sobre o contraditor”. LACAN, Jacques. *Outros Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 160.

⁵⁵³ Sobre a ascensão do inquisitório e a decadência do acusatório, afirma Cordero que as metamorfoses vêm gradualmente. Inadequada à necessidade sociopolítica, a ordem dialética acusação-decisão começa subitamente a se romper. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 45.

⁵⁵⁴ Para Cordero não existiria uma grande diferença no fato de que o juiz acuse ou o acusador aja como juiz: Torquemada, por exemplo, assumia o fato sobrehumano de julgar em solidão, e naquela atitude, era uma fosca e patética grandeza; o processo se exauria em um monólogo, de modo que a primeira vítima do sistema era o inquisidor. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 157.

⁵⁵⁵ Nesse sentido, como aponta Enriquez, “mas não existem capitalistas, como demonstrou Castoriadis, sem a construção de um imaginário social que autorize atos capitalistas”. ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 17.

A doutrina penalística se tornava refém dos manuais elaborados por jesuítas, católicos, dominicanos. Assim que o *Directorium Inquisitorum* de Eymerich, o *Malleus Maleficarum* de Kramer e Sprenger e o *Tractatus de Maleficiis* de Alberto Gandino consolidavam estratégias integradas de direito e processo penal. A passagem do direito e processo penal à atuação como medicina da alma, rende a possibilidade de o processo ser o instrumento cirúrgico de extirpação do mal⁵⁵⁶. A pena e sua função terapêutica, o registro de uma cultura demarcada pela projeção de estereótipos fundidos naquele amorfismo que não separa imaginário de realidade propicia o caldo cultural suficiente para que o modelo inquisitório tivesse perspectivas totalizantes⁵⁵⁷. Como detecta Cordero o espírito de cautela é o Leitmotiv da praxe inquisitória⁵⁵⁸.

A supressão da trilogia⁵⁵⁹ autor, juiz e réu permite que, logicamente, se afaste por completo a possibilidade de um contraditório efetivo. Cordero, ao comentar a obra de Rocco afirmava que para aquele o contraditório repugnaria aos ‘princípios fundamentais do Regime’ e se transforma em ‘aberrante e insidioso’ todo limite imposto à custódia preventiva. Desaparece, por conseguinte a nulidade dita absoluta, argüível de ofício pelo magistrado⁵⁶⁰.

Como sonda psíquica, natural que o trabalho introspectivo, que escapa à qualquer normação procedimental – diferentemente de inexistência de regras – mantenha acusador e acusado em estado de mútuo confinamento psíquico. A terapêutica consiste na extração, mediante os mais diversos recursos, do material verbal, muitas vezes beirando o onírico, cujo preenchimento requer também o produto casuístico, bem verdade, do inquisidor.

⁵⁵⁶ Segundo Cordero o estilo inquisitório desloca as perspectivas: o processo se transforma numa tarefa terapêutica; a pena é um remédio; e necessita-se que o acusado coopere; sendo ofendidos os supremos interesses pelo pecado-delito, caem quaisquer limites garantísticos, porque os indivíduos desaparecem frente a instituições como a Igreja, Estado, Partido e símiles. Este axioma explica a máquina inteira. O aspecto mais visível reside no fato de que o sistema trabalha sem uma demanda, mas no fundo, se trata de dado secundário: à lógica inquisitória não repugna as ações obrigatoriamente exercidas pelos órgãos encarregados da repressão; assim, a divisão de trabalho deve ao automatismo persecutório o quanto possa e assim se vê na França, onde o ministério público surge ao final do século XVIII. É falso que o método inquisitório equivalha a processo sem autor: nas ordenações criminais de 1670, monumento ao engenho inquisitorial, o monopólio da ação pertence aos procuradores do rei. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 47-58.

⁵⁵⁷ Desta maneira o objetivo de um processo assim concebido seria o de conciliar a defesa dos valores coletivos e os direitos da pessoa acusada. SALAS, Denis. *Du Procès Pénal: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*. p. 19.

⁵⁵⁸ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 162.

⁵⁵⁹ No modelo inquisitório, como aponta Cordero, o *actus trium personarum* pertence ao passado. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 47.

⁵⁶⁰ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 99.

Como afirma Salas a figura do grande inquisidor representa a lei sagrada, a heresia é um crime de lesa-majestade⁵⁶¹.

Esta economia psíquica permite também, ao acusado, pela interferência que produz no produto sedimentado no processo, e de acordo com a captura psíquica que exerce sobre o inquisidor induzi-lo a erro, seja na delação dos co-partícipes, sejam eles pessoas da comunidade ou entes fictícios⁵⁶². Como arrependido, cooperador, seus serviços prestados podem lhe render uma pena mais leve. Fato é que a colaboração permitiria antes de tudo desenterrar verdades até então incognoscíveis. Debelar a incerteza, purificar os depoimentos são medidas a serem tomadas pelo zeloso inquisidor. Essa verdade que brota, pululando de sentidos impingidos retrospectivamente é indefectível⁵⁶³. Nas palavras de Cordero “á economia verbal típica do formalismo agonístico acusatório a inquisição opõe palavras a dilúvio: inevitável algum efeito hipnótico-vertiginoso-alucinatório: fatos, tempos, hipóteses, nexos, desaparecem do caleidoscópio falado”⁵⁶⁴.

Há aqui uma consonância dúplice que autoriza o sistema inquisitorial⁵⁶⁵ a edificar-se como tal. O primeiro elemento, tomado como ponto de partida radica sob dois pontos de natureza constitutiva. O primeiro deles é a inserção do juiz como peça insubstituível da engrenagem processual. O recolhimento de ofício das provas necessárias é tarefa não delegável. O contato direto com as testemunhas, com os documentos, garante a posição privilegiada que o imuniza garantindo a inatacabilidade de seus veredictos. Também permite protagonizar juntamente com o acusado, o duplo vínculo psíquico que o autoriza a

⁵⁶¹ SALAS, Denis. *Du Procès Pénal*: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès. p. 14.

⁵⁶² “El inquisidor viaja en el espacio síquico, expuesto a algunos peligros, como los confesores y los exorcistas, porque mientras tanto cada uno de los dos proyecta y absorbe alguna cosa; trabajando sobre materiales introspectivos, depende de quien los suministra; y en este caso, el paciente hábil cuenta acerca de varias partidas; si juega bien, prestando servicios insustituibles contra cómplices o mandantes, a veces imaginarios, puede darse que salga indemne o, por lo menos, con poca pena; existe una rica ficción inquisitorial, alimentada por correos que confiesan”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 23.

⁵⁶³ Como anuncia Cordero ao final de uma condenação, não basta a prevalência de qualquer hipótese persecutória; deve ser afastada qualquer dúvida plausível e o paradoxo é que não se admite negativa e pode ser que não seja sequer refutável: o espectro gnoseológico coincide com o material histórico relativo ao caso singular avaliado segundo a experiência comum”. CORDERO, Franco. *Criminalia*: nascita dei sistemi penali. p. 348.

⁵⁶⁴ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 52.

⁵⁶⁵ Como acentua Pisapia, é cediço que tais direitos são garantidos de melhor maneira em um processo de tipo acusatório, enquanto o são de forma pior em um processo inquisitório. Por isto, os Países de regime democrático se orientam geralmente pela adoção de processos da primeira espécie, enquanto nos Estados autoritários vêm preferivelmente adotados processos inspirados no segundo. PISAPIA, Gian Domenico. Il Nuovo Processo Penale: esperienze e prospettive. *In Rivista di Diritto e Processo Penale*. a. xxxvi. n.1, 1984. p. 06.

concluir, pela efusão verbal que brota de um sistema introspectivo, a eleição dos significantes primordiais para que a verdade se materialize. Como conclui Salas este processo é, pela sua própria construção, uma estrutura essencial de uma instituição totalitária⁵⁶⁶.

O segundo elemento diz respeito ao amorfismo processual⁵⁶⁷. A psicoscopia que devém metanóia não pode ser realizada na estrita obediência de determinadas formas pré-estabelecidas. É falso crer que a existência de normas impede a sua burla. A flexibilização da forma processual também se conquista, principalmente com a solenidade e ritualística dos atos, mediante a possibilidade, atualmente também verificável na teoria das nulidades, de fazer retornar o processo a um estado anterior. Em outras palavras, a violação às formas, permite refazer-se determinado ato, muitas vezes no escopo de recuperação da informação não obtida⁵⁶⁸, da tentativa de se criar a contradição, de criar lastro entre os indícios e as respostas do acusado. O que é a faculdade de o juiz re-interrogar o acusado se não uma forma esplêndida de confrontá-lo com a própria contradição? O amorfismo conjuga flexibilidade com rigidez que garante ao procedimento retornar a um estágio anterior⁵⁶⁹. Nos manuais de Eymerich e Kramer e Sprenger⁵⁷⁰, a sentença, em caso de ausência de provas do crime de heresia não deve registrar uma absolvição clara. Deve limitar-se a afirmar a inexistência momentânea de tais elementos de convicção. Acaso não seria essa obediência à regulação escrita uma formalidade? Evidentemente que sim. No entanto, trata-

⁵⁶⁶ SALAS, Denis. *Du Procès Pénal*: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès. p. 46.

⁵⁶⁷ Esta também é uma característica apontada por Nappi: uma vez que no processo inquisitório vige o regime da liberdade das formas, que assumiram o papel ambivalente de instrumento para a operação cognitiva do juiz e de garantia no que diz respeito ao exercício dos seus poderes, resultando determinante prevalentemente nos parâmetros de adequação à realização destes escopos (princípio de adequação). No processo acusatório o formalismo é consequência do princípio da divisão do conhecimento, que tende a garantir o papel de cada parte mediante o respeito pelo método de aquisição de conhecimento judiciário (princípio de conformidade) NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura Penale*. p. 77.

⁵⁶⁸ BINDER, Alberto. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.

⁵⁶⁹ “Sabemos que es amorfo en el sistema inquisitorio, en el cual es proceso cualquier acto que realice el inquisidor, teniendo que resolver cuestiones históricas, trabaja introspectivamente sobre el investigado, y usa toda fuente que se pueda encontrar, estimulado por una curiosidad omnívora; la operación tiene un estilo tecnocrático. En el modelo acusatorio, en cambio, cada paso resulta estrictamente regulado: formalidades, momentos, pruebas, decisiones; por ejemplo, es testimonio solo lo que el examinado declara ante el juez (este procedimiento tiende a excluir las exposiciones de testigos sobre el dicho ajeno)”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 186.

⁵⁷⁰ Cf KRAMER, Heirich; SPRENGER, James. *Malleus Malleficarum – O Martelo das Feiticeiras*. 17 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2004.

se de uma forma que tem por finalidade servir ao amorfismo congênito à não expectabilidade dos atos processuais⁵⁷¹.

Como breve apontamento, o Código de Processo Penal Brasileiro é subserviente a uma postura amórfica de processo. Seguindo de perto os ensinamentos de Manzini⁵⁷², pretende-se reduzir ao máximo a existência de nulidades, pensando-se sempre em termos de administração de justiça (e os problemas operados pela burocratização processual como já referido). Nas palavras do processualista italiano, “el vigente Código de procedimiento penal ha reducido ampliamente las anteriores sanciones de nulidad, restringiéndolas al mínimo”⁵⁷³.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o termo sentença deriva do latim *sentire*⁵⁷⁴. O ato sentencial representaria o momento no qual o magistrado passa a sentir, dando ponto final ao caso-conteúdo do processo⁵⁷⁵. De que maneira é possível dizer algo? Como é possível ao magistrado sentir o caso e dizer o direito – *jus dicere* num plano em que os fantasmas do julgador permitem a criação de significantes capazes de permitir qualquer conclusão?

A análise kafkiana bem demonstra em que consiste o processo. É lugar comum atribuir-se aos autos processuais a denominação de processo. Nada mais errado. O processo

⁵⁷¹ Para Cordero, no sentido introspectivo, a obra inquisitória é psicanálise: não admite termos nem formas pré-definidas; ao analista servem tempos longos, tons cúmplices, uma tática flexível improvisada segundo o caso particular, ausente qualquer tensão dialética. A inquisição tende ao juridicamente amorfo, ainda que existam regras: os tormentos pressupõem indícios adequados, cuja falta implica na invalidade da confissão; tampouco são repetíveis entre datas-limite; e aquele que resistiu, purgando alguns sinais, deve ser absolvido. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 50.

⁵⁷² Apesar das palavras de Alcalá-Zamora y Castillo, bastante descontraídas, de que “salvo media docena de preceptos, perfectamente suprimibles sin menoscabo para la arquitectura del conjunto, el Código de 1930 no tiene nada de fascista, aunque se haya gestado, promulgado y regido bajo tal régimen político”. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Vincenzo Manzini. Nota Bibliográfica. In MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. p. x. Para se ter noção do desacerto do processualista mexicano seguem as palavras de Amodio para quem os juristas deram um contributo decisivo para o desaparecimento do rito inquisitório perseguindo três distintos objetivos: superar qualquer manifestação residual do autoritarismo do Código Rocco, ‘o mais fascista dos códigos’ segundo a definição dos juristas do regime; dar eficácia aos princípios constitucionais que tutelam os direitos de liberdade e de defesa no processo penal; construir um sistema normativo liberado finalmente da antinomia de um ordenamento marcado por ‘um garantismo inquisitório’, isto é, de uma estrutura intrinsecamente autoritária correta apenas em fachada na concessão de algumas garantias. AMODIO, Ennio. Affermazioni e Sconfitte della Cultura dei Giuristi nella Elaborazione del Nuovo Codice di Procedura Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxxix. v. 4, 1993. p. 907.

⁵⁷³ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 101.

⁵⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).

⁵⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo*.

é algo que escapa à sua documentação. O processo constitui-se não apenas dos atos processuais, formalmente captados e transformados em documentos hábeis a gerar efeitos jurídicos. O processo envolve a vida privada dos sujeitos processuais, com suas angústias, medos, preocupações, expectativas, perspectivas. Implica também gastos, sejam estatais ou particulares. Demanda tempo, já que é necessário não apenas obedecer-se ao tempo artificial do processo representado pelo respeito aos prazos, mas requer, por seu turno, um tempo de maturação, tempo da decisão⁵⁷⁶.

O processo como visto de forma meramente exemplificativa, é assim irreduzível ao local de desenvolvimento dos atos processuais. Ou seja, irreduzível ao campo, ao lócus. Os documentos, os atos, constituem nada mais que excrescência do processo. O processo assim mantém uma relação com os atos, de precedência e excedência em relação aos seus atos, assim como a relação entabulada entre significante e significado. O processo, ao se furta à documentação, foge inclusive ao campo do simbólico, pois não se pode negar também, a atuação inconsciente dos sujeitos processuais. E, como a linguagem, funda-se na falta. O processo assim carece de uma concreção. Trata-se de uma ferida aberta (talvez narcísica, como diria Freud), impossível de ser cicatrizada e que, apesar de se desenvolver parcialmente no plano simbólico, em alguns momentos implementa fuga, escondendo-se nos mais recônditos cantões da (ir)racionalidade⁵⁷⁷.

Se o processo não pode ser descrito em sua integralidade, não se pode também afirmar que não pode ser descrito. Trata-se de um semi-dizer (Lacan). O processo começa com uma perda, que é justamente a de seu objeto de realidade. A reconstrução de fatos pretéritos, com a ajuda de meios institucionalizados (provas) cujo fim é sempre limitador,

⁵⁷⁶ É importante destacar, no plano epistemológico, com Ferrajoli, que processo apenas pode ser considerado processo com garantias. Trata-se do postulado da estrita jurisdicionalidade. A oportunização de voz ao hipossuficiente, num campo no qual as forças não são equilibradas – e isso deve ser desmistificado desde antemão – é condição, é o fundamento da existência das garantias processuais. É preciso aceitar, e para isso a doutrina em sua maioria é absolutamente cega, que o processo não se dá a partir de uma pseudo-relação jurídica, desenvolvida a partir de conceitos mais do que distópicos, artificiais e hipócritas. A teoria de Bülow quando muito (se é que se presta a tanto) pode revelar algo útil ao processo civil. Quanto ao penal, sua utilização e difusão na doutrina, beirando o místico, é no mínimo contraproducente.

⁵⁷⁷ “Julgar é uma continuação, por toda a extensão de linhas da conveniência do processo original através do qual o ego integra coisas a si ou as expõe de si, de acordo com o princípio de prazer. A polaridade de julgamento parece corresponder à oposição dos dois grupos de instintos que supusemos existir. A afirmação – como um substituto da união – pertence a Eros; a negativa – o sucessor da expulsão – pertence ao instinto de destruição”. FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas Completas*. v. XIX. o Ego e o Id. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 300.

representa a própria perda do objeto, movendo-se numa dialética da frustração⁵⁷⁸.

Nietzsche⁵⁷⁹ já advertia que não existem fatos, mas apenas interpretações morais dos mesmos. O caso penal é reconstruído a partir de impressões, vagas e incertas, acerca de algo que acontece em uma fração de tempo muito ínfima se comparada ao próprio processo. Quer dizer, o fato a ser examinado, nas mais das vezes, é um acidente temporal, um *clinamen*, como diriam os estóicos, que apenas pode ser revisitado, no amálgama de intersubjetividades, que se implicam num verdadeiro caleidoscópio procedimental. Portanto, o processo se inicia com uma falta, que justamente está presa ao passado e que se projeta rumo ao futuro – a decisão penal.

Essa falta constitutiva do processo, reifica-se numa vontade de saber (Nietzsche). Essa vontade torna-se tirânica no processo inquisitorial, pois se há um saber que não se sabe, esse é da ordem do outro significante⁵⁸⁰. “E esse significante não está sozinho. O ventre do Outro, do grande Outro, está repleto deles. Esse ventre é aquele que se dá, como um cavalo de Tróia monstruoso, as bases para a fantasia de um saber-totalidade”⁵⁸¹. A pulsante busca pela verdade, que é justamente aquela que não pode ser dita, pois é demais para nós, como afirma Carnelutti⁵⁸², traz para o processo, movido na dialética da frustração, a motivação que se implementa em uma forma de gozo. A função do saber, um meio-saber, já que o saber total anularia justamente esse gozo, vem à tona também por um semi-dizer. Se a verdade é apenas parcial, daí sua relação com o gozo, a decisão, o sentir do inquisidor, submerso na semiplenitude do saber, acaba dizendo pela metade. A decisão, que esgotaria a jurisdição, é um meio-dizer, um dizer o Direito tão somente naquilo que os ouvidos dos participantes podem ouvir e, portanto, assimilar. Na decisão, envolve-se naturalmente a possibilidade de sua aceitação. Daí por que, como anteriormente referido, o processo inquisitorial necessita de sua legitimação, muitas vezes outorgada pelo próprio imaginário social.

⁵⁷⁸ “A perda do objeto é também a hiância, o buraco aberto em alguma coisa, que não se sabe se é a representação da falta em gozar, que se situa a partir do processo do saber na medida em que ganha ali um acento totalmente diverso, por ser desde então saber escandido pelo significante.”. LACAN, Jacques. *O Seminário: o avesso da psicanálise*. v. 17. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 17.

⁵⁷⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁵⁸⁰ LACAN, Jacques. *O Seminário: o avesso da psicanálise*. v. 17. p. 31.

⁵⁸¹ LACAN, Jacques. *O Seminário: o avesso da psicanálise*. v. 17. p. 31.

⁵⁸² CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. *In Rivista di Diritto Processuale. In Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. Padova, 1965. p. 05-09.

Obviamente, a procura pelo saber total –a sede de infinito -, falando com Durkheim, pode revelar em alguns sistemas de processo penal uma maior familiaridade. Desta ordem é o sistema inquisitorial. A verdade plena, substancial e acessível ao juiz que se faz ele próprio oráculo, possibilita a manifestação de sintomas de paranóia, no qual predominam as hipóteses sobre os fatos (Cordero)⁵⁸³. É aí que a vontade de verdade, movimentada em casas de um jogo pré-determinado, assola e faz da linguagem – obviamente a linguagem normativa – uma mera edificação de um processo aleatório de deslocamento de significados. Explica-se. O processo é criação artificial de significantes, os quais, sem parâmetros fáticos ou limitações ontológicas, permitem dizer-se qualquer coisa. Se a linguagem é o local do engodo (Lacan), o processo representa a cópula quase-perfeita entre a anemia sígnica (Barthes) e a alografia absoluta.

O processo se faz jogo no deslizamento das peças componentes, regidos pela lei da incerteza. A densificação de metas-linguagem destinadas a dizer o que pode ser reproduzido como tentativa de se atingir a verdade – (p. ex. a questão da prova)⁵⁸⁴, a ritualística dos procedimentos e suas anulações-nulidades, as regras gerais de prolatação de decisões, citações fictas e presunções de violência nos crimes contra os costumes ou a presunção de inocência do réu jogam no limite intersticial dos significantes. Significantes que em sua dança de abertura promovem o seu esvaziamento ou preenchimento, conforme as hipóteses (sempre contrafáticas, já que o saber é apenas meio-saber) estejam confortadas em estereótipos aquilatados segundo uma liturgia específica. Discursos de neutralização, profetizações e vaticínios ideológicos conjugam-se na abstração de conceitos quase cabalísticos (Cordero). E assim, o saber absoluto, desiderato apostólico de uma profissão de fé jurídica, movida por quadros mentais paranóicos, mostra-se justamente naquilo que o silêncio não justifica. É preciso, portanto, escapar da ausência. Aí entra em jogo o Um-juiz⁵⁸⁵.

A figura ativa do juiz e a prescindibilidade das formas como controle da atividade processual são assim, elementos indecomponíveis da estrutura inquisitorial⁵⁸⁶. A cultura

⁵⁸³ Não se pode afastar completamente tais sintomas do sistema acusatório. Apenas as chances de isso ocorrer são reduzidas em relação ao sistema inquisitorial.

⁵⁸⁴ Daí ser a prova um dizer sobre o que pode ou não ser dito – um inter-dito ou entre-dito (processual).

⁵⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*.

⁵⁸⁶ Para Nappi são ao revés os limites de compatibilidade do modelo acusatório com o reconhecimento de qualquer poder instrutório de ofício ao juiz. Todavia, a própria exigência da formação da prova no

paranóide se arvora na mesma raiz de suas atividades policiais⁵⁸⁷. Os fantasmas do julgador premiam o que Cordero denomina de primado das hipóteses sobre os fatos⁵⁸⁸. Nos julgamentos da peste milanesa, juízes fabricavam delitos e delinqüentes⁵⁸⁹. Pela projeção de seus fantasmas, aos imputados já tão somente lhes era reservada a cooperação. Pouco importava se de bom grado ou não. Os acessórios de obtenção da verdade, mais graves do que a própria sanção que lhes aguardava ao final garantiam a descoberta, por sinal inevitável. Tudo se resumia a uma comprovação cuja verificabilidade estava sedimentada no intelecto e na volição do inquisidor. Uma vez mais, juntamente com Cordero é possível afirmar que “es preciso, por consiguiente, castigarlos, aún cuando falte una petición; y al automatismo persecutorio le corresponde una perspectiva distinta, desde la instrucción hasta la decisión”⁵⁹⁰.

O sistema inquisitorial, portanto, se arregimentou num espaço intersticial no qual o imaginário popular mantinha uma relação conspurcada com a verdade processual. Crendices, boataria, delações, vitupérios, acusações infundadas acasalavam-se com os fantasmas do inquisidor. Nas sombras o laboro inquisitivo armazena o palavrório suficiente a confirmar as hipóteses. A prova, afinal, é mero adereço na patológica inter-relação e simbiose entre funções terapêuticas (pena) e profilaxia (erradicação do mal). Manusear os significantes era garantia de proveito do julgamento, tornando mais do que certas as palavras de Lacan “não há conhecimento que não seja ilusão ou mito”⁵⁹¹.

contraditório entre as partes delimita significativamente o âmbito de um possível poder instrutório do juiz. NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura Penale*. p. 06.

⁵⁸⁷ “O sistema inquisitório fundamenta-se no princípio da autoridade, segundo o qual quanto maior o poder conferido ao sujeito inquisidor, melhor a verdade será acertada. O inquisidor acumula todas as funções processuais: atua ao mesmo tempo como juiz, acusador e defensor do acusado. Quanto mais amplos forem os poderes coercitivos a ele atribuídos, de melhor forma poderá ser acertada a verdade”. TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

⁵⁸⁸ Segundo Cordero a solidão na qual trabalham os inquisidores, jamais expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, permite que sejam conduzidos ao trabalho policialesco, podendo desenvolver quadros mentais paranóicos. Chamemos de ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: como todas as cartas do jogo se encontram em sua mão é que ele apresenta, a sua hipótese. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 51.

⁵⁸⁹ De acordo com Cordero, na causa milanesa da peste fabricada, em junho-julho de 1630, se viu como juízes nem um pouco desonestos inclinados a um incomum garantismo, fabricam delitos e delinqüentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor encontra na cabeça os fantasmas que projetou. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 51-52.

⁵⁹⁰ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 20.

⁵⁹¹ LACAN, Jacques. *Outros Escritos*. p. 432.

Assim, de um lado o ativismo judicial confirmava o julgador num plano privilegiado de extração da verdade. De outro, a irrelevância das formas (amorfismo⁵⁹²), que não se confunde com a possibilidade de se observar determinadas solenidades próprias da liturgia inquisitiva (principalmente pela possibilidade de repetição de atos, manipulação da reprodução da prova ou da posta em contradição de testemunhas ou interrogatório do acusado) constituem o aparato de base do modelo inquisitorial.

Esta construção não foi possível sem uma importante categoria a servir de permissivo, de encaixe, de fluidificação dos significantes. Trata-se do que se pode conceber por crença.

1.6.1 A Crença e o *Religare*: entre Lacan e Gil

Importante sinalizar que para Legendre, há, desde o direito romano, um nascedouro para ao advento da era da técnica. Primeiramente, consigna que através dos romanos, portadores da positividade da prova ao revés do uso da magia começa a elaborar-se, na Europa Medieval, tratados de processo a fim de sistematização daqueles conhecimentos, o que incursionou o mito racional do Ocidente.

Nesse sentido, sustentando uma continuidade entre o *corpus iuris civilis*, *corpus iuris canonici* e Estado moderno, permite-se um *manegement* europeu do sacro, justamente pela profusão do direito romano no medievo, pautado pelo motor tecnicístico. O romano-cristianismo a partir daquela cultura ingressou e reproduziu-se na cultura contemporânea: o tecnicismo é legado parcial da inteira construção dogmática elaborada pelo Ocidente⁵⁹³. Do direito romano deriva o princípio técnico. Como afirma Legendre o Direito, pela sua própria posição, se concebe como passagem de significantes míticos em significantes jurídicos, como fenômeno textual em um sistema de interpretações circulantes⁵⁹⁴.

⁵⁹² “Es lugar común, mas históricamente falso, que los axiomas legalistas están connaturalizados con el método inquisitorio; al contrario, hemos visto que lo modifican (si los suponemos efectivos, esa que hemos llamado álgebra de los indicios es una pura actitud de sabihondos); en su estado puro, *inquisición* significa investigación omnívora de lo acaecido; a fin de que no se escape nada; el investigador típico en extremo se dirige a la verdad histórica, no importa cómo ha de ser descubierta”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000. p. 34.

⁵⁹³ LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo*: lineamenti di un’Antropologia Dogmatica. Torino: Giappichelli, 2005. p. 80.

⁵⁹⁴ LEGENDRE, Pierre. *Jour du Pouvoir*: traité de la bureaucratie patriote. Paris: Les Éditions de Minuit, 1976. p. 54.

Na essência da técnica, diz Legendre, há um dispositivo. O instrumento designa a prova das provas, o documento escrito. A escritura permite o poder de estabelecer a verdade, dar-lhe significado. A técnica faz fé, afirma o autor, auferindo um *status* primordial no aspecto de representação: antes de tudo, as instituições pressupõem os juristas e seu funcionamento através da palavra⁵⁹⁵. Não é à toa que a prova escrita constituída pela palavra não teria sobrevida não fosse a sua ligação à fides. A *fides*, elemento absorvido nos contratos, tornava certa a obrigação. Enquanto o contrato garante direitos e deveres, a fé remeterá ao crédito⁵⁹⁶. Esta regra permitirá, pois, a formação da conjunção do fato na verdade e vice-versa: “*verum et factum convertuntur*”⁵⁹⁷. Basta saber a existência do fato para se encontrar a verdade: “*solus scire potest qui fecit*”. Como diria Legendre, tem-se então perfectibilizado o emblema faustino: “fato que nutre o fato”⁵⁹⁸.

No Fausto de Goethe há a menção, não esquecida por Freud em seu *Totem e Tabu*, de que “no início era o ato”. A constituição de um movimento irreversível ensina Enriquez, dependerá da prática de um ato que mesmo proibido e censurado, voltará sempre a assombrar as consciências⁵⁹⁹. No sistema inquisitorial, não é apenas a prática da heresia, inominável narrativa, posto que traz à tona o suplício e morte do salvador. Com ela que Freud desvendará o mito ocidental, instaurador da Lei e que, no entanto confirma que a primeira associação humana, no mito do pai primevo assassinado pelos filhos é um pacto criminoso. A instauração da lei simbólica, a imersão do sujeito na linguagem deixa, como um compósito, um resíduo inatacável pelas vias da própria linguagem, uma fenda, uma chaga aberta que não pode ser tamponada. O mito⁶⁰⁰ ocidental nasce como um consórcio de parricídio e desejo do incesto. Daí advém a culpa (*shuld*) – o débito que não pode ser adimplido. Dessa relação entre pena e culpa, que não pode ser apagada pelos artificios jurídicos que atribuem à sanção uma finalidade (utilitarismo) resulta como inequívoco o lugar do inquisidor. O inquisidor se afasta dos distritos da culpa, ao assumir um posto no

⁵⁹⁵ LEGENDRE, Pierre. *Jouir du Pouvoir: traité de la bureaucratie patriote*. p. 47.

⁵⁹⁶ Como aponta Legendre, a Idéia de Fides a Roma é a personificação da palavra dada. A referência à palavra se encontra no uso do termo fides no direito dos contratos romano. A fé remete ao crédito. Tal conceito peregrino é utilizado tanto na teoria da prova escrita quanto para enunciar o conteúdo da crença cristã. LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo: lineamenti di un'Antropologia Dogmatica*. p. 95.

⁵⁹⁷ LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo: lineamenti di un'Antropologia Dogmatica*. p. 104.

⁵⁹⁸ LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo: lineamenti di un'Antropologia Dogmatica*. p. 104.

⁵⁹⁹ ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. p. 30.

⁶⁰⁰ LEGENDRE, Pierre. *Jouir du Pouvoir: traité de la bureaucratie patriote*. p. 48-49.

qual não apenas esteja imunizado contra o erro – posição privilegiada – mas ingressa como doador da *fides*. Como pregador do Verbo, institui a fides, que lhe é incorruptível.

O discurso do Verbo, mais do que buscar fatos serve-se de estereótipos. O combate, a chamada à guerra contra hereges, doentes e toda sorte de sujeitos anormais permite-se que se identifique o inimigo a ser combatido, afastando a insegurança prospectada pela desconfiança mútua entre investigadores e cidadãos. A fides faz crença à medida que se protege de uma convicção que lhe possa contrariar. Não de outra forma no nacional-socialismo, apenas para citar-se outro contexto temporal é que se crê indefectivelmente na erradicação das raças degeneradas, confirmadas pelo veio da escola positiva italiana: doentes, loucos, bruxas, inimigos do Estado. Representantes destes estranhos põem em cheque a segurança que somente pode ser reencarnada no pacto de assassinato dos assassinos. No final, há sempre a cobrança da dívida, na tomada de empréstimo pela *fides*.

Dentro do espírito romano de objetividade do texto (*Lex animata*), o pontífice romano se encarrega de assegurar o império da interpretação. A noção de interpretação daí derivada constitui-se como uma objetivação racional do escrito⁶⁰¹. Baseada em uma onisciência do intérprete, ocorre a *mise en scène* do poder como Imagem do poder⁶⁰². Não por outra razão Legendre destaca o direito romano como motor de propulsão da era da técnica. A era da ciência, da gradativa redução de todas as áreas sociais a um método de *trial and error*, pretenderá, em seu núcleo, transformar os significantes em números. O sonho de pureza (modernidade – Bauman) do método científico é a redução de tudo a categoria dos números, único e verdadeiro signo, no qual não há diferença entre significante e significado. Convergência simétrica e perfeita do significante no significado expulsa a diferença e torna insondável qualquer delírio de insegurança. O mito racional do Ocidente, emblematizado no direito romano é também o reino da verdade. A transmissão fácil de ser captada de acordo com a posição do inquisidor é sempre carregada de uma pretensão de demonstração do fato, sinonimicamente articulada nos espaços de disposição (Ferrajoli) do sistema em que opera. As leis obedecidas pelo inquisidor são universais, objetivas e conhecidas de todos, o que não equivale a dizer que as regras processuais,

⁶⁰¹ LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l'Etat et du Droit*. 110.

⁶⁰² LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l'Etat et du Droit*. Paris: Fayard, 1988. p. 110.

especialmente em crimes de exceção (como eram tratadas as heresias em alguns países) mantivessem as mesmas características.

Podem ser apontados quatro fatores histórico-sociais para o surgimento do sistema inquisitorial e a mudança da administração da justiça⁶⁰³. A primeira delas estaria jungida à redescoberta das fontes romanas, principalmente a partir da Universidade de Bologna. A segunda consiste no novo tratamento em matéria probatória, atingindo a confissão – com a tortura que a ladeia – a engrenagem principal do modelo inquisitório. O terceiro fator desencadeador de uma ruptura político-jurídica no seio do processo penal pode ser atribuída ao aspecto fundacional que erige a estrutura confessional e jurídica como descendentes de uma mesma linhagem. A última circunstância que favoreceria a expansão do sistema inquisitorial pode ser sublinhada com a regionalização dos Tribunais Eclesiásticos⁶⁰⁴.

O inquisidor, em seu laboro intelectual e solipsista não escapa à autoridade e poder dos textos. Para Legendre, a noção jurídica de competência⁶⁰⁵ poderia ser assim resumida numa espécie de jurisdição de textos sobre textos, o que permite constituir uma lógica a dois tempos: a) de um lado, a autonomização dos textos sempre ricos e passíveis de emprego a situações as mais inusitadas. Aqui o trabalho do inquisidor é dotar de rigor interpretações que poderiam ser as mais escandalosas; b) de outro, arregimentar um sistema hierárquico de textos, capazes de torná-los um labirinto àqueles não autorizados, o que também vem compassado em uma escala de autoridade daquele que profere seus comentários.

Nesta ordem de idéias, a arquitetura externa do sistema inquisitorial não poderia se manter em pé a não ser que os seus elos sociais mantivessem-se em conexão estreita. Como afirma Lacan, “é no fundamento mesmo da tradição eclesiástica que ele nos permite traçar a clivagem de um caminho que vá além, infinitamente mais profundo, mais estrutural, que a baliza que ele colocou sob a forma do mito do assassinato do pai”⁶⁰⁶. Como destaca Freud em seu *Totem e Tabu*, a civilização ocidental promove uma cultura neurótica que mantém

⁶⁰³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 58-62.

⁶⁰⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 60. Cf ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

⁶⁰⁵ “O princípio de poder do texto repousa sobre a idéia jurídica de *competência*, dito de outra maneira, sobre uma montagem que, essencialmente, consiste em autonomizar o texto, de uma parte extraíndo-o da categoria geral dos documentos, de outra, dotando-o de uma função de autoridade sobre outros textos no interior de um sistema hierárquico organizando uma jurisdição de textos sobre textos”. LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l’Etat et du Droit*. p. 113.

⁶⁰⁶ LACAN, Jacques. *Nomes-do-Pai*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 64.

uma ligação firme entre o mágico e a instituição social do Direito, para ficar neste exemplo. Os conceitos, as palavras, garantem os efeitos da decisão. As categorias jurídicas são da mesma forma que o xamã, fundadas sobre a crença, cujo fim último é indicar o objeto de amor, adestrá-lo, tranquilizando a população - eis sua função política⁶⁰⁷. Como afirmou Legendre, “a Escolástica faz ostentação desta manipulação dos sentidos, no estilo das épocas ingênuas, sob a forma e pelo procedimento metafórico: uma celebração da crença”⁶⁰⁸.

Bem observada a dinâmica do procedimento judicial do sistema inquisitório, não é difícil perceber-se a relação com Deus em que se requer intensa observação da ritualística, o que permite traçar uma espécie distinção entre sagrado e profano. Como preconiza Agamben⁶⁰⁹, *religio* vem de *relegere*, ao contrário de *religare* sendo justamente o que separa os espaços divino e humano. Esta divisão dos espaços novamente remete à problemática do enfrentamento entre credor e devedor⁶¹⁰. O crédito, sempre inesgotável, não pode ser exercido sem o rompimento obrigacional anteriormente assumido. Este rompimento que é um pacto de proibição da repetição do ato amaldiçoado instaura-se como Lei. No entanto, o que garantiria ao homem conceber-se como livre do destino trágico, de uma compulsão de repetição? À função política de adestramento do objeto do amor corresponderá outra, tão importante quanto aquela. Trata-se de instaurar-se uma lei de causalidade entre os textos jurídicos, que seguem fielmente as leis do patriarcado: o pai mitológico se mantém vivo na profusão de seus ensinamentos. A instituição de uma regulação simbólica dos textos, do refinamento de seu tratamento, na limitação consolidada em outras regras, desta vez da arte da interpretação dos cânones fundamentais inscreve a autoridade no âmbito do registro da crença. A arte do poder, diria Legendre, é fazer-se amar.

⁶⁰⁷ “A crença, eis para nós um termo chave, a fim de convencer o leitor de que, na instituição social como na neurose, não estamos longe do fazedor de feitiços. O trabalho do jurista (depois, o de seus sucessores hoje na empresa dogmática) é exatamente a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto de amor onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais”. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 24.

⁶⁰⁸ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 130.

⁶⁰⁹ “Religio não deriva de *religare* (o que liga e une o humano e o divino), mas de *relegere*, que indica a atitude de escrupulo e de atenção que deve caracterizar as relações com os deuses, a inquieta hesitação (o reler) perante as formas – e as fórmulas – que se devem observar a fim de respeitar a separação entre o sagrado e o profano. Religio não é o que une homens e deuses, mas aquilo que cuida para que se mantenham distintos”. AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 66.

⁶¹⁰ LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo*: lineamenti di un’Antropologia Dogmatica. p. 112.

O Estado, no caso do soldado Lortie, em última análise não convergiria para uma espécie de função paternal assumida pela burocracia, cujos procedimentos permitiriam a continuidade autofundada e autocentrada na palavra transmitida? Fundar o “em nome de”, garantir a sua transmissibilidade como objetos de respeito, como marcos epocais da humanidade é uma tarefa que se posiciona no cerne da crença. Crença que mantém com a fíducia uma relação simbiótica, pois se a crença sem confiança se converteria numa espécie de esperança cega de Beckett, a confiança sem crença seria fé despida do simbólico, o que seria insuportável para o homem. Para além, de acordo com Gil, a crença não pode ser separada da imaginação: “A imaginação é crente, a crença imagina. O que nelas releva directamente do princípio da actividade que constitui o sujeito é o próprio acto de crer”⁶¹¹. Não é difícil perceber e concluir-se que esta imaginação fecunda, por assim dizer, o preceito de transmissibilidade dos textos pontificais, como que traçando os caminhos condutores de uma pregnância da razão pela imaginação: “A crença e a imaginação convidam-se para dentro da razão. Com efeito, a imaginação fabrica a continuidade”⁶¹².

Evidentemente, o papel da crença no sistema inquisitório se reveste de nítida relevância. Fundar o discurso externo, preparar um estado de freqüente sujeição a poderes malignos, destacar a importância da colaboração da comunidade para expulsão dos sujeitos que obnubilam a palavra divina. Também nos períodos ditatoriais, os inimigos da ordem chancelam um estado de perene planejamento da derrocada do Estado. Os crimes políticos, mais do que qualquer outro no século XX permitem vislumbrar-se a razão de Estado constituindo-se como razão única. Não suportando a diversidade, esta razão de Estado se confirmará como biopolítica (Foucault, Agamben). Brevemente, a biopolítica, na reconstrução do pensamento foucaultiano devém como redução do simbólico, do psíquico e do social à esfera biológica.

Aquela cadeia de transmissão alicerçada nos textos fundadores relaciona-se directamente com a crença no sentido não apenas de sua inserção, assim como a imaginação, no reino da racionalidade. A crença funda um princípio de razão suficiente (Leibniz), cujo espectro último e amórfico permite a premência da alucinação⁶¹³. Um novo retorno ao

⁶¹¹ GIL, Fernando. *A Convicção*. Porto: Campo das Letras, 2003. p. 65.

⁶¹² GIL, Fernando. *A Convicção*. p. 65.

⁶¹³ “A crença no real não é uma ilusão mas é alucinatória. Nós cremos no mundo e no eu sem esperar justificação nem confirmação, a aparente auto-suficiência da sua realidade dispensa verificação. Mostraremos

sistema inquisitorial permite o diagnóstico de que a crença, o depósito de uma cega obediência aos mandamentos pontificais (o papel dos demonólogos e principalmente remissões às lições de Farinaccius, Gandino, enfim, dos tratadistas) a impregnar a razão, desloca-se no sentido de incrementar a possibilidade de se estar lidando com anátemas, sacrilégios, degradação de uma estreita separação entre profano e sagrado, no momento em que se recorre a princípios de textos-monumentos a fim de justificar a decisão plantada na imaginação. A investida contra o estranho, no âmbito do sistema inquisitorial funda um estado de alucinação, geralmente tributável a um regramento probatório próprio do sistema jurídico, mas que, no entanto não escapa às formulações escandalosas que lhe outorgam os ditos populares: a evidência. Se por um lado a ritualística garantiria o *relegere*, de outra ordem a evidência tornaria obscura a divisão das searas humana e divina.

Uma vez mais, com o auxílio de Gil é possível afirmar-se que “é evidente o que dispensa uma prova, é verdadeira a descrição daquilo que é; a evidência é uma verdade redobrada, uma afirmação que não precisa de justificação”⁶¹⁴. A evidência é a regra que dispensa as regras, é a exceção que aniquila a exceção para transformá-la em regra. Em suma, confunde planos, dimensões. Do jurídico ao burlesco ou aos bordões dos camponeses, muito pouco parece diferenciar-se. O rompimento dos planos do sagrado e profano reinstala a lógica do *sacer*: o corpo matável, que se no direito romano pertence aos deuses, será morto na Inquisição para purificação e a própria proteção do herege. A piedade assassina recebe influxos dessa razão suficiente, justamente por se imunizar dos limites. Os significantes a operarem não raras vezes se tornam intercambiáveis em distintas esferas, simbolicamente não reconciliáveis. Uma vez mais, socorrendo-nos de Gil, possível identificar-se que a evidência exigirá o que pode ser denominado de “intuição de existência” e que se consolidará como a apreensão de uma “identidade”⁶¹⁵. Para tanto, basta que preencha uma expectativa⁶¹⁶. A evidência torna nebulosa a separação estrita entre os reinos humano e divino. O recurso a temáticas e significantes do imaginário popular impugna a tentativa de se limitar e de se expurgar o véu da dúvida, do julgamento jurídico

que, para lá das suas deduções, a soberania, o fundamento da ciência e a vontade *causa sui* de Deus assentam na mesma certeza indemonstrável do seu bem-fundado, que se junta à auto-suficiência da crença”. GIL, Fernando. *A Convicção*. p. 95.

⁶¹⁴ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996. p. 09.

⁶¹⁵ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 10.

⁶¹⁶ O preenchimento de uma expectativa é um dos eixos conceptuais da evidência”. GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 10.

prenhe de significados que dizem por si, renovando-se como aparelhos de tradução e devolução das ações ao popular. A evidência opera no reino do sensível e recorre ao instinto, à perfeição da demonstração, dos sentidos humanos, enfim.

Deste preenchimento de uma expectativa facilmente se chega a enunciados que se mostram não passíveis de dúvida. Corolário da evidência é a desnecessidade de uma prova regida por regramentos específicos⁶¹⁷. Como aponta Gil, “a evidência lê-se em sinais indubitáveis”⁶¹⁸. Nestes sinais, na condensação de significantes já se encontram presas, atadas, as próprias decisões. Daí por que a evidência não suscita decisão nem tampouco permite alternativas⁶¹⁹. “A evidência mostra-se no enunciado verdadeiro”⁶²⁰. Será ela concebida como uma manifestação pura da verdade, daquela *lex animata* romana que permitirá, pelo rompimento das dimensões probatórias e da convergência de paralelismos populares, uma conformação da verdade objetivada⁶²¹.

O ordálio, explica Gil, funda-se na inseparabilidade do fato e da sentença. O mesmo se passa com o juramento e principalmente a confissão⁶²². “À maneira do direito arcaico, é julgada a pessoa e não o acto, a perigosidade potencial da pessoa e não a sua maldade real”⁶²³. Em suma, como já apontado no início do tópico, remete-se novamente à fíducia e ao Verbo. A estratégia de lidar com estereótipos traduz cristalinamente uma luta, na qual deve-se responder não mais a fatos, mas pessoas que se tem de tratar. “A evidência enxerta-se na crença, os seus sinais distintivos como o seu conteúdo (signos, apodicticidade e adequação, preenchimento, contentamento...) têm que ver com a fé”⁶²⁴. Percebe-se, nesse sentido, como o discurso inquisitorial ganha força, já que diz respeito a inúmeras categoriais próprias do pensamento humano e do funcionamento das sociedades.

Assim como os fatos notórios dispensam a prova (o notório tem por função eliminar o processo) a confissão era assumida como o mecanismo por excelência para o tratamento de fatos notórios: “Facto notório e confissão enquadram um contínuo interpretativo cujos

⁶¹⁷ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 11.

⁶¹⁸ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 11.

⁶¹⁹ “Na evidência, os processos, condensados nos signos, encerram por assim dizer, as decisões”. GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 11.

⁶²⁰ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 11.

⁶²¹ “A evidência é uma personificação da verdade e, por isso, plenamente objectiva”. GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 17.

⁶²² GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 38.

⁶²³ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 39.

⁶²⁴ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 19.

pólos são a colectividade e o agente do acto”⁶²⁵. A extração dessa notoriedade da prática de uma atividade proibida, por maior que seja o esforço para o afastamento de dúvidas quanto à sua utilização, principalmente por intermédio das denúncias de Verri, Voltaire, Beccaria, não poderia sobreviver por tanto tempo não fosse a *fides* e a crença a lhe dar base de sustentação. De mais a mais, os cânones romanos, que não limitavam o uso da tortura, como a seguir se pretenderá traçar algumas linhas, ingressam no terreno da legitimação contínua que os textos pontificais permitem fundar, exercendo função similar, sob o plano do registro jurídico, às metáforas do pai assassinado no que diz respeito à socialidade.

A plenitude do acerto do inquisidor ao obrar com a confissão, do ponto de vista de estratégia de um poder imune ao erro sedimenta-se sob uma característica que é justamente oposta à continuidade implementada pela transmissão dos saberes pontificais: “a confissão é intransmissível, não se desprende daquele que confessa; o facto notório estabelece-se a partir de uma transmissão anónima verificada e reverificada”⁶²⁶. A ausência de um maior aprofundamento no escopo de se acertar as hipóteses acusatórias não é um problema para o sistema inquisitório. Natural que assim se procedesse. Os boatos, as acusações, enfim, são contrafáticas relativamente às provas empíricas. Esta crença e a fidúcia que com ela interage se colocam no âmbito da evidência, no plano do sensível, o que permite a confusão entre esferas anteriormente delineada. Novamente, nas palavras de Gil, “a crença alucinatória é *marcada (index sui)*, ela *impõe-se e dispensa da prova (index veri)*, ela remete intrinsecamente para o *sensível*, sob as suas diferentes modalidades (todos os sentidos são susceptíveis de alucinar)”⁶²⁷.

Evidência e alucinação são eventos prototípicos do aparelhamento estatal do inquisitório. Geralmente ligadas a uma dialética da frustração denunciada por Lacan. “*As alucinações não são representações*; são coisas-em-si nascidas da intolerância da frustração e do desejo. As suas falhas provêm não do facto de que elas não conseguem representar, mas do facto de que não conseguem *ser*”⁶²⁸. Em última instância, a alucinação é parte constitutiva do sistema inquisitorial, mantendo, por conta dos argumentos expendidos, um nível tal de saturação que resta praticamente inabsorvível para o sujeito encarregado da

⁶²⁵ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 42.

⁶²⁶ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 42.

⁶²⁷ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 219.

⁶²⁸ GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. p. 223.

colheita de provas. A constituição da confissão e dos inúmeros tormentos sequer poderia ser questionada nesse âmbito de imbricação entre crença, evidência e alucinação.

O papel da crença não se esgota nesta atividade preparatória, externa. Torna-se curial assentar as balizas jurídicas destes crimes, a fim de devolver à comunidade a objetividade dos veredictos. Esta operacionalidade dos julgados devolvidos à comunidade vem a ser o que aqui se apresenta como a “neutralidade do inquisidor”, cuja análise será realizada a seguir.

1.6.2 O Princípio da Neutralidade do Inquisidor

A representação do juiz⁶²⁹ vem a se configurar em importante veículo para se conhecer determinada modalidade de sistema. Esta representação não se dá como encarnação do Outro mítico, representante da palavra. Este dispositivo se inscreverá como a *sindérese*, denominada pelos escolásticos como a centelha da alma⁶³⁰. Trata-se de uma faculdade do juízo, da reta razão, capaz de traçar uma distinção infalível, entre o correto e errado. Em outras palavras, aqui se faz notar veementemente, a linha vermelha que irrompe para separar o joio do trigo. Regulada pelo princípio do bem e do mal, institui-se como a “instância do remorso”, introjetada pelo juiz⁶³¹. Este se torna, por assim dizer, juntamente com Legendre, um “garante dos signos”⁶³² que, como um jurista que consegue a tudo transpor – do interdito ao preceito –, o discurso canônico que permeia a atividade jurisdicional possibilita, na lógica processual do *mais-de-gozar* (Lacan), transmutar a pulsão em pecado e o temor em dom⁶³³. O resultado é um discurso cuja exceção é afastada por completo. Autojustificador e recursivo. Por meio desse canal, do fluxo no qual se entrecruzam significantes essenciais, a neutralidade do julgador é presumida, hipoteticamente lançada. Bastando a confirmação via sentença que de regra, jamais é

⁶²⁹ “A representação procurada pelo juiz no processo mostra bem que a última palavra é tarefa do Poder, de uma relação entre a lógica e seu mito de apoio. O juiz porta a máscara sacerdotal, ele toma o lugar do sagrado do intocável, ele representa este Outro, o onipotente e o ausente com que se mistifica a instituição medieval para viver e fazer viver”. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 101.

⁶³⁰ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 113.

⁶³¹ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 113.

⁶³² LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 114.

⁶³³ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 114.

laborada em erro. Ora, o processo como uma máquina de recriação de significantes que se deslocam no campo do simbólico, do lado da censura, inevitavelmente tem como uma de suas funções mediatas a de anulação do desejo, reflexo conseqüente da infelicidade da falta. A instituição serve como uma rede de recriação e dissimulação da verdade, “para produzir a ilusão pelas máscaras, para propor sempre a outra coisa sublime, ao invés da verdade do mais gritante desejo”⁶³⁴.

Como alerta Ferrajoli, o sistema inquisitório deposita boa parte do que acredita como virtudes na crença da bondade do julgador⁶³⁵. A sua disciplina, capacidade que orbita o reino do sagrado não apenas faz com que o julgado se torne acima de tudo o império do Outro transformado em significantes que habitam o simbólico. Não há espaço, no discurso inquisitorial, para o laboro auscultado em propensões, possibilidades, incerteza. A verdade, que é um semi-dizer, otimiza-se na verdade do desejo, na mais das vezes abraçada por significantes genéricos, verbetes receptivos ou brocados anacrônicos.

Sabe-se que “o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, retranscrito, mas não demolido”⁶³⁶. Esta espécie de ataraxia que toma conta do julgador no sistema inquisitorial corresponde ao ofício de extração da verdade material. Esta verdade procurada a todo custo no sistema inquisitório não é de outra ordem do que aquela de recriar, pela palavra, o tanto de material que poderia ser identificado no fato criminoso. No entanto, no fundo da questão reside um paradoxo de insolúvel problematização. Com relação à prova, não era prática usual relativizá-las a fim de comprovar crimes que ocorrem geralmente às escondidas? Obviamente, objetivizar os significantes é a maneira, parcial, evidentemente, de se concretizar o crime da alma por excelência. Esta espécie de verdade, dita pela boca do acusado garante o significativo concreto possibilitando, de tanto em tanto, o acerto unívoco do inquisidor na lavratura da sentença.

Nietzsche já havia advertido contra a possibilidade de imparcialidade⁶³⁷ congênita ao humano. Da mesma forma Carnelutti afirma que a justiça humana nada mais é do que uma justiça parcial; tão somente restando a redução de tal parcialidade⁶³⁸. No entanto, ao se

⁶³⁴ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 117.

⁶³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoría del garantismo penal. p.604.

⁶³⁶ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 181.

⁶³⁷ “A consciência, a boa reputação, o inferno, às vezes até a polícia não permitiam e não permitem a imparcialidade”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora*: reflexões sobre os preconceitos morais. p. 10.

⁶³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. p. 31.

operar no sistema jurídico, a imparcialidade⁶³⁹ é matéria fértil, na qual se pode retirar conseqüências úteis para a esfera do processo penal. Prefere-se aqui utilizar o pensamento de Nietzsche para atacar um dos pilares do sistema inquisitorial: a neutralidade (e não mera presunção) do inquisidor. Enquanto a imparcialidade trata da proteção do julgador contra interferências alheias ao caso penal, a neutralidade permitiria concluir pela indelével perfeição do julgado, cuja possibilidade de erro inexistia. Também permitiria a construção de um julgador infenso a qualquer fatalidade do cotidiano, a quaisquer interferências intra ou extraprocessuais. Como questiona Schmidt “¿puede la situación psicológica del juez garantizar en el proceso inquisitivo el conocimiento de la verdad”⁶⁴⁰? Afastando-se por completo a possibilidade da neutralidade do julgador, o máximo que se pode conseguir é o seu afastamento mínimo indispensável ao pronunciamento de um julgamento cujo interesse na resolução não seja de índole pessoal.

A imparcialidade não pode - nem seria razoável exigir-se tal mister do juiz - oferecer a garantia de ausência de preferências, de juízos valorativos, enfim, da pré-compreensão. Esta é uma pressuposição da capacidade para o julgamento. A ausência de pré-juízos exigida por alguns doutrinadores⁶⁴¹ consubstancia-se na inexistência de condicionamentos físicos ou psíquicos capazes de alterar o objeto do processo para um objeto de amor. Se não se pode “blindar” o juiz contra o grande Outro, ao menos é possível reduzir-se as chances de se transformar o processo numa espécie de objeto de direção do amor do julgador, o que desencadearia o problema apontado por Cordero sobre o sistema inquisitorial: atitudes policialescas, o primado das hipóteses sobre os fatos, postura paranóide.

⁶³⁹ Para Foschini a jurisdição não se caracteriza, como usualmente se crê, pelo fato de o juiz ser um terceiro em relação aos litigantes, pelo fato de que o juízo é feito por aqueles que são alheios à matéria julgada, mas, ao contrário, se caracteriza pelo fato de que junto ao terceiro, isto é, ao juiz, judicam as próprias pessoas julgadas. E é esta participação do acusado no juízo contra si mesmo que se constitui como a essencialidade jurídica, a base ética e a fonte de seu prestígio. FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati Studi*. p. 13.

⁶⁴⁰ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 193.

⁶⁴¹ “Desde entonces forma parte de las experiencias psicológicas fundamentales de carácter procesal, que la íntima imparcialidad y desprevención que exige en el juez la función decisoria, sólo se puede garantizar cuando el mismo está libre de todo ‘pre-juicio’”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 193.

Como se sabe, o sistema inquisitorial montou uma estrutura paranóide ao fazer-se o juiz pensar como parte⁶⁴². Como único detentor da verdade. Como articulador dos espaços do sagrado e do profano. Werner Goldschmidt, ao conceber o juiz como sujeito processual e parte adverte dos perigos que esta dupla função pode acarretar: “los peligros consisten en que el juez se deje vencer por la parcialidad que radica en su cualidad de parte”⁶⁴³. De forma diversa ao que entende a grande parte da doutrina processualística, Werner Goldschmidt não traça uma dicotomia entre imparcialidade como não ser parte e a parcialidade como qualidade exclusiva de ser parte. O autor diferencia parte em sentido formal da parte em sentido material. O sentido formal estabelecer-se-ia pelo interesse do sujeito no conflito processual, enquanto parte em sentido formal seria aquela que diz respeito à existência de cargas processuais a recaírem sobre si⁶⁴⁴.

Werner Goldschmidt aponta como critério distintivo da imparcialidade a relação entre os motivos de uma pessoa e o ato processual praticado. A imparcialidade seria nada mais do que a intenção do juiz em declarar a verdade, de sentenciar com exatidão, de resolver com justiça, dentro da legalidade⁶⁴⁵, evitando-se a arbitrariedade⁶⁴⁶. Segue o autor afirmando que a imparcialidade exige a existência de partes, que por seu turno requerem uma controvérsia⁶⁴⁷.

Evidentemente, não se pode exigir que a sua decisão seja mais do que presumidamente conforme à justiça, legalidade ou outra categoria processual perseguida no escopo justificatório. Em primeiro lugar, Werner Goldschmidt cai na mesma *trampa* que o sistema inquisitorial. Relembrando Cordero no episódio da peste milanesa, juízes nem um

⁶⁴² “El supuesto verdaderamente problemático es el de juzgador que, a la vez, es parte. Conviene destacar que el juzgador no es parte material en sentido estricto; pero ello no excluye que en los casos aludidos tenga interés en una de las posiciones de la controversia”. GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950.p. 23.

⁶⁴³ GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. p. 24.

⁶⁴⁴ “Imparcialidad no significa, pues, el no ser parte. Una persona puede tener una relación con el objeto de la controversia y ser, por tanto, parte en sentido material; también puede tener una relación con las expectativas, posibilidades, cargas y exoneraciones de cargas procesales, y ser, por consiguiente, parte en sentido formal”. GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. p. 28.

⁶⁴⁵ “El principio de la imparcialidad conota una relación entre los móviles de una persona y un acto procesal (declaración o resolución). Esta relación, para poder ser calificada de ‘imparcial’, debe consistir en lo siguiente: el móvil de la declaración (de la parte, del testigo, del perito, etc) o de la resolución debe ser el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente”. GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. p. 28.

⁶⁴⁶ Para Nuvolone as garantias representadas pelo princípio da legalidade substancial e processual são relativizadas mediante os variados recursos ao arbitrio judicial. NUVOLONE, Pietro. *Legalità Penale, Legalità Processuale e Recenti Riforme*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvii. n. 1, 1984.

⁶⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. p. 30.

pouco desonestos fabricaram delitos e delinquentes. O problema central do sistema inquisitorial jamais foi a falta de convicção dos inquisidores em seu julgados. Todo o oposto: a confiança na possibilidade de traçar uma similitude que tornava inconfundíveis os planos intra e extraprocessuais. De um lado, mesmo que indutivamente, os inquisidores trabalhavam na transformação de fatos em significantes admissíveis processualmente. Por exemplo, uma dança se convertia facilmente em heresia. Manchas na pele, fornicções com o demônio (Kramer e Sprenger). Não por outra razão que tais significantes eram, uma vez expropriados, atirados de volta no mundo extraprocessual, sob a forma da obtenção de apoio da comunidade na erradicação do mal. Alimentando o imaginário social com os significantes arremessados do processo, criou-se um círculo vicioso capaz de encadear significantes cuja atuação tinha efeitos diversos se processual ou extraprocessualmente falando. Como afirma Legendre, “le fanatisme de l’organisation centraliste se suffit à lui-même et se fabrique ses théories magistralment normales”⁶⁴⁸.

Para retomar aqui Jakobson, na retroalimentação entre os significantes do processo e os sedimentados extraprocessualmente garantia-se uma legitimação dupla para a realidade incontestável da disseminação do mal no mundo. Da mesma forma, tornam-se então, os julgamentos, absolutamente necessários para preservar-se a ordem natural das coisas que se encontra ameaçada. A instituição deste círculo vicioso possibilitava a formação de metáforas primordiais – o que na criminologia se concebeu como concepção ontológica de delito ou, para ficar nos termos da teoria geral do delito, os tipos penais de autor.

Retomando o problema da imparcialidade em Werner Goldschmidt, tais inquisidores não operavam de má-fé. Inclusive com a maior boa intenção projetavam a salvação do mundo. Não por outra razão Lacan adverte da inexistência de barreira infranqueável contra o discurso do Outro. Se a imparcialidade pode ser sustentada pelo discurso jurídico, as suas bases podem se fortificar à medida que se minimize a possibilidade de o juiz tratar o processo como objeto de amor. O afastamento das atividades instrutórias e da possibilidade de instaurar o processo permite, minimamente bem verdade, que o juiz se assenhore da verdade, traduzida como verdade do desejo.

O problema da imparcialidade também se configura numa problemática desde há muito apontada por James Goldschmidt da existência de categorias processuais próprias. A

⁶⁴⁸ LEGENDRE, Pierre. *Jour du Pouvoir*: traité de la bureaucratie patriote. p. 11.

imparcialidade é uma destas categorias inerentes ao processo, traçando uma distinção entre o direito material⁶⁴⁹. Como adverte Carnelutti, o processo é uma forma de construção da “pequena história”⁶⁵⁰. O seu afastamento, como não-parte é condição necessária para que aflore a parcialidade das partes (Lopes Júnior). Mesmo que se não possa concluir pela imunização do processo contra a atividade judicial, que sempre envolve a subjetividade, o resguardo da atividade de julgar pode ser elaborado a partir do distanciamento do magistrado, exatamente como oposição ao sistema inquisitorial que convergia no pólo oposto: onipresença do juiz.

A seguir passa-se ao exame do princípio jurídico essencial ao sistema inquisitorial. Trata-se dos aspectos jurídicos relativos à concentração das atividades de acusar e julgar.

1.6.3 O Princípio da Concentração das Atividades de Acusar e Julgar

Como ventilado, o sistema acusatório⁶⁵¹, diferentemente do modelo inquisitorial, depende em sua configuração, da existência de três partes distintas a fim de sua edificação conceitual⁶⁵². Nas palavras de Cordero, na lógica acusatória todo processo é considerado um ‘*actus trium personarum*’⁶⁵³. Pelo contrário o sistema inquisitorial manterá sua configuração na dependência da assunção do julgador como centro do processo.

Até aqui, pelo exposto, evidenciou-se que o aparato inquisitorial erigiu-se, de um lado, sobre a figura da crença mediante um duplo vínculo: a de fazer crer e de crer o inquisidor na importância e peculiaridade de sua tarefa. Como um eleito, sua atividade permitia o acesso direto às fontes fidedignas ao exercício de uma construção jurisdicional dos textos (competência como autoridade de textos sobre textos). Sem se colocar fora dessa

⁶⁴⁹ “El establecimiento del principio de imparcialidad, como uno de los principios fundamentales del proceso, arroja a la vez luz sobre la inconfundible particularidad del Derecho Procesal y su oposición al Derecho Material, y constituye, por consiguiente, una aportación a la doctrina, fundada por James Goldschmidt, de acuerdo a la que el proceso requiere categorías propias”. GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. p. 30.

⁶⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. p. 45.

⁶⁵¹ “A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito Processual Penal*. t. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 38.

⁶⁵² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. p. 112.

⁶⁵³ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 44.

tradição, sua atividade interpretativa e o privilégio no acesso à verdade garantiam a primazia de seu exercício oracular na gestão probatória.

Como uma segunda baliza a ser instituída, o princípio da neutralidade do inquisidor e a possibilidade de recriação dos significantes encontram seu fundamento⁶⁵⁴ na essência mesma da cisão entre o sagrado e o profano, que resta abalada pelo surgimento de espaços nebulosos, orientados a partir da evidência. A dialética constitutiva do processo acusatório, movida pela atividade das partes configurou-se como uma das razões preferidas para se imputar ao modelo inquisitorial (que se colocará na mesma proporção como uma tendência contemporânea mesmo nos países da *common law*, como o *inquisitorial system* frente ao sistema *adversarial*) uma primazia frente ao sistema agonístico⁶⁵⁵. Como Ferri chamará a atenção, logicamente denunciando a irracionalidade do sistema acusatório frente às virtudes do sistema inquisitorial, “el procedimiento acusatorio señala el último estadio de los órdenes bárbaros, en donde existe el antagonismo de dos partes, no buscándose la comprobación de una certeza absoluta, ni cuál sea el inocente o el reo, sino cual es el vencido”⁶⁵⁶. Desta forma é apresentada a atividade persecutória do juiz como uma superação do modelo em que às partes cabe a colheita das provas. Um grande artifício retórico que serve como justificativa é a possibilidade de recolhimento de provas em benefício do réu. Não se trata de uma proposição ingênua. Vinculado ao máximo na estrutura da defesa social, o fundamento dos poderes instrutórios como representativos da salvaguarda de interesses do

⁶⁵⁴ “Entiendo por fundamento, en general, todo aquello en que se apoya un ente y que sin pertenecer a la esencia interna del mismo, sin embargo, le presta una consistencia externa que le permite, con mayor o menor indispensabilidad, perdurar y mantenerse. Hay, pues, en mi opinión, dos notas que integran el concepto del fundamento: la primera nota es la de ser algo que no radica en la inmanencia de lo fundado, sino que pertenece a su más estricta trascendencia, y la segunda nota es la de comportarse el fundamento, respecto a lo fundado, como un factor, más o menos riguroso, más o menos indispensable, de mantenimiento o de perdurabilidad”. GUASP DELGADO, Jaime. *La Paz Como Fundamento del Derecho*. Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, s. d. p. 18.

⁶⁵⁵ De acordo com Damaska, o sistema adversarial de procedimento toma forma a partir de uma demanda ou disputa: decorre do engajamento de dois adversários antes de um julgador relativamente passivo cujo principal dever é chegar a um veredito. O sistema não adversarial é estruturado como um inquérito oficial. Sob o primeiro sistema, os dois adversários tomam conta da maioria dos atos processuais; sob o segundo, oficiais realizam a maioria das atividades. DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. London: New Haven: Yale University Press, 1986. Mais adiante o autor afirma que o procedimento no direito comum é de novo mais consistentemente centralizado na idéia de uma disputa entre partes do que a administração de justiça Continental. DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. p. 138.

⁶⁵⁶ FERRI, Enrico. *Los Nuevos Horizontes de Derecho y del Procedimiento Penal*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1897. p. 340.

acusado é barrada pela lógica competente ao sistema acusatório em que de fato se põe como prevalente a regra da *beyond any reasonable doubt*.

O *in dubio pro reo*, ao se antepor como uma regra que torna desequilibrada a carga processual não necessita de comprovação por parte do acusado de sua inocência. Tampouco caberá ao magistrado sair em busca desta verdade em algum lugar perdida. O réu não precisa se desvencilhar de carga processual alguma pela sua inexistência. Desta forma, qualquer atividade instrutória atribuída ao juiz é uma regra cujo principal efeito é sacrificar a instância da dúvida razoável como pertencente ao fundamento absolutório. Malgrado a acusação de irracionalidade, o sistema acusatório é o único a garantir a presença do benefício da dúvida. A possibilidade contínua de escavação psíquica, de perseguição intermitente de provas no fundo de uma crença paranóide apõe os obstáculos necessários à ineficácia da norma que disponibiliza em prol do acusado o benefício da dúvida bem como inscreve o processo em psicoscopia (flexibilidade conjugada em ritmo fatigante⁶⁵⁷). Nas palavras de Carnelutti “quanto mais difícil é a investigação, mais o juiz fica apaixonado por ela, correndo assim o risco de perder a frieza necessária para valorar criticamente seu resultado”⁶⁵⁸. O processo, convertido em objeto de amor consagra uma relação de amor do inquisidor consigo mesmo (narcisismo).

Sob o plano da imparcialidade anteriormente tratada, a preocupação do sistema acusatório, ao contrário de consistir em um significativo originário hábil por si mesmo a instituir a comprovação objetiva do crime, se amolda à opção pela técnica processual. O juiz se converte numa espécie de árbitro cuja tarefa primordial é garantir o respeito pelas regras do jogo (*fair trial*)⁶⁵⁹. Enquanto no sistema inquisitório, a conversão em sonda psíquica faz do inquisidor se necessário for, um inato violador das regras mais essenciais,

⁶⁵⁷ Segundo Dalia e Ferraioli o juiz que considera poder proceder em uma via autoritária na reconstrução do evento processual graças aos poderes que lhe são atribuídos e aos meios de verificação disponíveis, e de não ter a necessidade de apreciação valorativa dos interessados, termina por ter uma visão burocrática da investigação judicial, deturpando o significado e a importância da dialética processual. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. p. 131.

⁶⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como se Faz Um Processo*. p. 116.

⁶⁵⁹ “Se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. p 153.

cuja incidência de afastamento sobrevive pela justificativa do “mal necessário”⁶⁶⁰, passível de ser notada no tratamento da prisão cautelar, o árbitro, no modelo acusatório se afasta das projeções hipotéticas.

Foschini destaca a inexistência atual de sistemas puros e sua imprestabilidade para a definição do processo: a inquisição pura, como a pura acusação, não são coisa diversa que dois extremismos⁶⁶¹, que se destroem a si mesmas enquanto conceitos⁶⁶². Foschini propõe a adoção de um modelo intermediário, no qual nem a autoridade destrói a liberdade nem tampouco a liberdade corrompe a autoridade⁶⁶³.

Como aponta o próprio Foschini⁶⁶⁴, trata-se de uma meta proposta por inúmeros autores, sempre que esteja em pauta a reforma do processo penal. Pelo prisma aqui adotado, segundo o qual o processo acusatório distingue-se do inquisitorial pela gestão da prova (possibilidade de intervenção judicial na instrução) não há possibilidade de conciliação em um meio-termo, como sugere Foschini. Ou há poderes judiciais instrutórios ou é faculdade das partes a colheita das provas. No sentido exposto por Coutinho, não existem sistemas puros. As inúmeras formas de processos históricos ou de direito comparado exigem um critério distintivo. “É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina”⁶⁶⁵. O que melhor responde à identificação não mais de sistema puros, mas híbridos (regimes processuais que apresentam um sistema em que convivem princípios originários de um ou outro modelo processual) é o traço referente à gestão da prova. Nas palavras de Coutinho, “a característica fundamental

⁶⁶⁰ “En el proceso acusatorio este es una pura operación técnica, pues un resultado equivale al otro; hemos observado cómo las reglas son todo, y sería un abuso desviarlas para fines buenos. Este modelo, ideológicamente neutro, reconoce un solo valor: la justicia, el juego limpio (*fair game*)”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 90.

⁶⁶¹ FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati Studi*. p. 06.

⁶⁶² FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati Studi*. p. 06.

⁶⁶³ Como detecta Foschini o equilíbrio está em um ponto intermédio entre inquisitório e acusatório, em um ponto equidistante tanto daquele no qual a autoridade dissolve a liberdade como daquele pelo qual ao inverso, a liberdade dissolve a autoridade. FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati Studi*. p. 07.

⁶⁶⁴ Pata Foschini cuida-se de uma crise de caráter até agora crônico trabalhada mais especificamente pelos estudiosos do processo penal, os quais se debatem sobre uma suposta alternatividade entre uma forma inquisitória de processo, expressão de tirania, e uma forma acusatória, expressão da liberdade, vanamente aspirando a uma reforma do processo que sinalize o triunfo pleno da segunda sobre a primeira. FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati Studi*. p. 06.

⁶⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Novo Papel do Juiz no Processo Penal. In _____. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16.

do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova⁶⁶⁶. E a esta corresponde, no sistema inquisitorial, a atuação do juiz a fim de recolher os fragmentos do fato criminoso (princípio inquisitivo)⁶⁶⁷. Enquanto expectador (princípio dispositivo), no sistema acusatório, sua tarefa é outra: zelar pelo bom andamento do processo. Em outras palavras, proteger a forma processual⁶⁶⁸. De acordo com Taormina o processo acusatório apresenta esta característica da qual deriva, antes de tudo, a mais ampla contraposição dialética entre acusação e defesa e, sobretudo, a mais conspícua capacidade predispositiva a respeito da formação da prova⁶⁶⁹.

De outra banda, esta irreconciliabilidade entre os modelos processuais em última instância é uma incompatibilidade entre duas espécies de discurso: “O processo penal alemão tem um fundo comum com o procedimento francês: a tradição de um sistema de procedência inquisitorial com certos implantes acusatórios”⁶⁷⁰. A primeira forma, inquisitorial, reclama um objeto processual capaz de proferir palavras; o segundo, contendo discursos variáveis e um apelo à forma do processo, concebe o acusado como portador de direitos. Em virtude desta opção, há limites bem definidos à vontade de saber⁶⁷¹.

Cordero sintetiza perfeitamente as propriedades do sistema inquisitório sobre a fluidez das palavras, exigida para obtenção da verdade⁶⁷². De toda sorte, os que não

⁶⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Novo Papel Juiz no Processo Penal. In _____. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 24. No mesmo sentido Schönke: “el principio dispositivo se contrapone al principio inquisitivo u oficial, que rige en el proceso penal”. SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch, 1950. p. 31.

⁶⁶⁷ “O Código de Processo Penal de 1930 pertencia a um sistema predominantemente inquisitório: amplos poderes eram atribuídos ao juiz e a matéria de prova não era suficientemente regulada”. TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. 17.

⁶⁶⁸ “El estilo acusatorio puro proclama un juez inmóvil, esto es, que mira, escucha y juzga; las partes construyen sus peticiones, aducen pruebas y se las juegan. El actor dispone de la acción, pues obra discrecionalmente si el caso merece ser perseguido, con posibilidades adecuadas, según sus pronósticos incontrolables; cuando quiera desiste”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 323.

⁶⁶⁹ TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v. II. Torino: Giapichelli, 1995. p. 25.

⁶⁷⁰ JUNG, Heike. O Processo Penal na República Federal da Alemanha. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*. Barueri: Manole, 2004. p. 78.

⁶⁷¹ “Varía según los modelos la disposición verbal de los procesos: en el inquisitorio el acusado es un parlante forzado, cuyas manifestaciones orales, obtenidas con técnicas jurídicamente amorfas, alimentan la máquina; el acusatorio, en cambio, regula modos, tiempos y alternancia de los discursos”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 207.

⁶⁷² “El elevado interés público que inspira y mueve al proceso penal plantea una exigencia a cuya satisfacción debe proveer éste lo más eficazmente posible; la realidad de los acontecimientos que son el contenido de hecho del objeto del proceso debe aparecer íntegra, genuina y sinceramente, sin manipulaciones ni restricciones. El esfuerzo por la verdad, la busca de la verdad de hecho deben preocupar en el proceso, deben dominarlo”. BOSCH MORETTI, Enrique L. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1952. p. 31. Ainda o mesmo autor: “En el proceso penal, por estar dominado por un interés público, es necesario que

aderem, espontaneamente ou induzidos pela tortura à confissão, terão as provas adquiridas em outra sede. As regras sujeitam-se às mais diversas formas de burla, muitas delas em nome do bem-estar da humanidade (inversão ideológica). A ilegalidade é genética ao sistema inquisitorial. A forma que disciplina o sistema acusatório vale o quanto se presta a um retorno do processo a um estado anterior (uma espécie de exceção da forma)⁶⁷³.

Juridicamente, a conformação do sistema inquisitorial, na acepção que lhe é dada por Coutinho (tomando-se por base a estrutura epistemológica kantiana do princípio unificador) reside na configuração a partir do princípio inquisitivo⁶⁷⁴ (possibilidade de o juiz recolher de ofício material probatório). O fundamento que estritamente se coliga à esta atividade persecutória do juiz é a pretensa busca da verdade real ou substancial⁶⁷⁵, o que levou alguns autores ao extremo do radicalismo ao negar cargas processuais ao processo penal, sob a alegação de que tudo se resolve na atividade instrutória do juiz⁶⁷⁶.

De fato, nessa perspectiva o contraditório⁶⁷⁷ sucumbe ante a intensa autocolocação do juiz como centro do proceso, do que decorre, como à saciedade demonstrado pela

la verdad resplandezca en su totalidad sin ninguna clase de restricciones ni limitaciones”. BOSCH MORETTI, Enrique L. *Derecho Procesal Penal*. p. 31.

⁶⁷³ “Los juicios son discursos; el acusado está entre los que hablan y que son más importantes; cuánto y cómo habla, ello depende del estilo judicial. Hemos visto ya qué es el indagado, un animal que se confiesa; sus manifestaciones vocales alimentan la máquina; el *taciturnus* silencioso o de pocas palabras constituye un caso técnicamente fracasado, aunque sea condenado con pruebas obtenidas en otra parte. Este modelo impone minuciosas introspecciones, períodos largos, trabajo intenso, técnicas jurídicamente amorfas; los posibles límites legales (por ejemplo, hasta cuándo son repetibles los tormentos) tienen vigencia en el papel, eclipsados por un ilegalismo congénito al sistema; por tanto, no imputables a perversiones individuales (como sucede, con fines de consuelo, en la supuesta historia manzoniana del proceso milanés contra los untadores). El estilo acusatorio, en cambio, impone severos rituales a la palabra”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. I. p. 208.

⁶⁷⁴ Da mesma forma para Leal González, para quem “la relación en que se presentan los principios dispositivo y de investigación en un sistema procesal, ha permitido la distinción entre proceso acusatorio o dispositivo y proceso inquisitivo u oficial, según se observe una vigencia predominante de uno o otro de los señalados principios”. LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *El Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. p. 20.

⁶⁷⁵ Esta é a posição de Fenech, para quem “el proceso tiende a conseguir que esta representación mental de la realidad coincida lo más fielmente posible con la realidad misma, ya que de ello depende el que la sentencia sea justa o injusta”. FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. p. 80.

⁶⁷⁶ “No existe para las partes la carga de alegación. El juez debe recoger también los hechos, respecto a los que ambas as partes hayan callado. El principio procesal civil: « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » no es aplicable al proceso penal”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 212.

⁶⁷⁷ Para Scaparone o processo inquisitório é inspirado em uma gnoseologia que exalta a procura oficiosa da verdade e ignora a capacidade heurística do contraditório, em particular o fato de que a defesa possa participar sobre um plano de paridade com a acusação, com a exclusão das fontes de provas pessoais. Isso é expressão de um Estado autoritário, mais sensível à exigência de que o crime não resulte impune do que aquela de tutelar os direitos do indivíduo. SCAPARONE, Metello. *Procedura Penale*. v. I Torino: Giappichelli, 2008. p. 35.

doutrina, restar o acusado condicionado a um mero objeto⁶⁷⁸. Como assinala Leal González no “sistema inquisitivo, por el contrario, el juez debe investigar por propia iniciativa todo lo que tienda a la obtención de la verdad real, sin considerar la actividad de las partes”⁶⁷⁹. Assume-se como um modelo de gestão probatória em que a atividade das partes não adquire função alguma. A violação à imparcialidade é manifesta nesta forma de processo, como destaca Roxin: “en el proceso inquisitivo, el juez no es imparcial, sino que se siente preponderantemente un órgano de la persecución penal y, por otro lado, el inquirido está prácticamente indefenso; no puede defenderse de modo suficiente”⁶⁸⁰. Do ponto de vista político, o sistema processual inquisitório como já apontado por diversas vezes no curso desta investigação, liga-se a regimes autoritários⁶⁸¹.

Seguindo-se aqui a trilha de pensamento de Legendre, o mito ocidental da racionalidade é inaugurado pelo direito romano, a fim de se sobrepor às ordálias e se opõe ao modelo dialético em que há, pela ótica do modelo de persecução solipsista da verdade, verdadeiros obstáculos à sua obtenção⁶⁸². Fundado sob uma alucinação que alinha o conhecimento processual à realidade, o sistema inquisitorial pretende construir um objeto domesticado⁶⁸³, que garante a comutatividade lógica entre os significantes de um e outro

⁶⁷⁸ “En el Estado absoluto o totalitario el imputado es, exclusivamente, objeto del procedimiento (inquirido, objeto de la investigación) o, al menos, no puede ejercer, en la práctica, los derechos que le corresponden según el orden procesal, cuando esos derechos entran en contradicción con los intereses de poder de la conducción del Estado”. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 10.

⁶⁷⁹ LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *EL Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. p. 24.

⁶⁸⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 86.

⁶⁸¹ “É da própria concepção fundamental deste processo que, em nome da soberania do Estado, se minimizem ou ignorem os mais elementares direitos do suspeito à sua proteção perante abusos e parcialidades dos órgãos estaduais, os judiciais incluídos; nele se trata apenas de proteger os (aparentes) interesses do ‘poder’ face aos obstáculos que ao seu exercício podem ser postos pela vontade individual e de firmar a total supremacia da força estadual perante os destinatários dos seus comandos”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal I*. p. 61.

⁶⁸² “O processo inquisitório nasce na realidade de uma exigência de “cientificidade” relativamente ao rito da “ordália” do juízo divino, no qual deve ser procurado o arquétipo do processo acusatório. O Juiz-Acusador formula uma hipótese e procede a verificação. A verdade entendida como *adaequatio rei et intellectus* pode ser alcançada e deve ser alcançada. Esta verdade, verdade material, já existe como hipótese na mente do Juiz-Acusador deve, porém, ser alcançada solipsisticamente (exageradamente). O contraditório perturba esta procura. A inquirição da prova daquela verdade já postulada é o máximo dos perigos”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. p. 166.

⁶⁸³ “La introducción de unas reglas probatorias, basadas en cierta racionalidad, como el valor de la confesión o el valor de los testimonios sobre los hechos, suponía un avance hacia la racionalidad y en contra de las reglas supranaturales. El proceso inquisitivo trajo consigo la regulación de un cauce para la investigación de los hechos”. BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 19.

plano⁶⁸⁴. O problema da verdade se põe antes como um problema de evidência⁶⁸⁵ e seus aspectos alucinatórios.

Como pólo oposto ao sistema inquisitorial tem-se o sistema acusatório, fundado a partir do princípio (unificador) dispositivo, que significa o afastamento do juiz das atividades instrutórias. Como acentuará Goldschmidt, esta é a característica principal que diferencia os modelos processuais. Em suma, o princípio dispositivo permite o surgimento de condições favoráveis para que o juiz se constitua como ente imparcial. Da mesma maneira, o princípio dispositivo, ao contrário de uma cultura alucinatória paranóide (como será exposto mais adiante) não busca o esgotamento e a ausência de contradição entre os significantes. Pelo contrário, contenta-se com a precariedade própria da dialética entre as partes⁶⁸⁶.

Alguns doutrinadores, sem levar em consideração a temática da gestão da prova insistem em falar de um sistema acusatório (ou por alguns inquisitorial) reformado⁶⁸⁷, ou ainda, sistema acusatório com princípio de investigação⁶⁸⁸, no qual além das garantias próprias de um sistema processual democrático, consagram-se, em nome da refutação a um

⁶⁸⁴ “Na realidade, o processo inquisitório se funda sobre uma ilusão do ponto de vista gnoseológico, isto é, que o conhecimento seja mero reflexo do real. O “escândalo” da descoberta das estruturas transcendentais do intelecto é removido, como removida é a possibilidade de uma deformação da aproximação dos fatos devido ao prejuízo, ou pior, às finalidades políticas cuja perseguição seja confiada ao Juiz, ou da qual o próprio Juiz se faça de própria iniciativa portador”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. p. 167.

⁶⁸⁵ BRICHETTI, Giovanni. *La “Evidencia” en el Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1973.

⁶⁸⁶ “Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal, es la acusatoria. Parte del enfoque, de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia, es dejar la invocación del Juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes; pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad. Al mismo tiempo se manifiesta de esta manera el respeto de la dignidad del procesado como ciudadano. Al contrario, esta configuración del proceso ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 114.

⁶⁸⁷ “Era justamente a essa unidade entre juiz persecutor e juiz julgador que estava (e está) ligada a noção típica de ‘processo inquisitorial’. O modelo de separação entre julgador (juiz) e persecutor (Promotor Público) assenta-se, por sua vez, enquanto garantia institucional da imparcialidade da decisão, na presunção de inocência, o qual é chamado “processo inquisitório reformado”. TIEDEMANN, Klaus. *Panorama Geral. In ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. p. 151.

⁶⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal I*. p. 71. Da mesma forma Roxin, que sustenta a existência de “un ‘procedimiento acusatorio con principio de investigación’ que, como tipo de proceso autónomo, debe ser diferenciado del procedimiento inquisitivo acusatorio puro”. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 123.

modelo “liberal” de processo⁶⁸⁹, os poderes instrutórios do magistrado (espera-se dele um “equilíbrio imparcial”⁶⁹⁰). Lauria Tucci, inclusive, equivocadamente, estabelece uma pseudo diferenciação entre modelo inquisitivo e inquisitividade da atuação dos agentes estatais⁶⁹¹. Em suas palavras, “mostra-se uniforme o entendimento universal acerca da distinção entre processo penal inquisitório, originado do Direito Penal Romano e aperfeiçoado segundo o modelo canônico, e a inquisitividade ínsita ao processo penal moderno”⁶⁹². O processualista pretende, como se fosse possível, distinguir a característica do sistema processual (inquisitório) e o substantivo marcado pelas características do próprio conceito. Sistema processual inquisitório representa aquele sistema em que o juiz detém poderes instrutórios. Inquisitividade – poderes instrutórios do juiz – somente pode ser pensado a partir do sistema inquisitório. Impossível um significante querer dizer uma mesma coisa e seu contrário (princípio da não contradição).

Não obstante tais idéias, esta noção de um sistema processual acusatório governado por poderes instrutórios⁶⁹³ ampliou-se e ganha atualmente a imensa maioria dos regimes processuais contemporâneos⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ “O processo inquisitório destruiria ‘o jogo das partes’ por um interesse público abstraído dos efetivos interesses privados; o princípio de tipo dispositivo seria invés a própria concepção liberal e democrática que imagina as partes como sujeitos e não como objetos, que submete a realização dos objetivos públicos do processo ao recíproco controle da contraposta livre iniciativa, da qual respectivamente portam a responsabilidade”. ONDEI, Emilio. Liberalismo o Autoritarismo Processuale? *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 180.

⁶⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 11.

⁶⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

⁶⁹² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). p. 27.

⁶⁹³ “Todo sistema penal contemporâneo ha desarrollado un rasgo esencial del proceso inquisitivo: la investigación del delito como responsabilidad pública, que actualmente corresponde al Estado en tanto que garante de la seguridad de los ciudadanos”. BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. 30-31.

⁶⁹⁴ “El Derecho penal y procesal penal de los Estados Democráticos de Derechos europeos se encuentra desde hace tres décadas en una constante crisis, cuyas razones de fondo son equivalentes a las que provocaron la sustitución del antiguo proceso inquisitivo por el proceso reformado originado en la Revolución francesa de 1789”. SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 09. También Ambos: “El vigente proceso penal alemán se enmarca más bien dentro de los procesos ‘inquisitivos’. Y ello, porque si atendemos a sus características estructurales básicas – nuevamente: principio de oficialidad (*indagatio*) y búsqueda de la verdad material (*veritas*) -, se ‘procede’ de manera más bien inquisitiva”. AMBOS, Kai. El Principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 70.

Esta postura de aceitação de um poder instrutório como inerente à toda e qualquer função jurisdicional padece de um grave problema. Trata-se da questão da ilimitação dos poderes, que podem convergir de forma por vezes suave, por outras aguda e radical, em uma estrutura absolutamente infensa às regras do contraditório, ampla defesa e demais garantias próprias do sistema acusatório. As leis processuais penais brasileiras promulgadas dos anos 90 em diante são pródigas em recorrer a características próprias do sistema inquisitorial. Segredo instrutório, ampla atividade judicial (basta ver a recente reforma do processo penal brasileiro), prisões cautelares de ofício⁶⁹⁵, declaração de revelia sem suspensão do processo⁶⁹⁶ (outro nome para julgamento do processo sem que o réu tome ciência da imputação), etc. Pela análise que se propõem os defensores de um sistema acusatório (ou inquisitório) reformado, não é difícil perceber que as degenerações permitidas pela amplitude de tais poderes instrutórios têm o mesmo efeito de sedante psíquico da posição assumida pelo inquisidor nos sistemas inquisitoriais maximizados⁶⁹⁷. Exemplo disso vem ao encontro do pensamento de Zilli que sustenta que “o poder de accertamento fático, consubstanciado na possibilidade de tomar iniciativas instrutórias, é inerente ao exercício do poder jurisdicional, sobretudo em uma sociedade como a brasileira”⁶⁹⁸. O que não fica evidenciado na argumentação do processualista é, para além do discurso jurídico, a problemática da relação incestuosa e conspurcada entre juiz e prova. Demais disso, a própria noção equivocada de sistema acusatório⁶⁹⁹ contribui para a

⁶⁹⁵ Aqui se pode apontar a necessidade de prisão cautelar como condição preparatória da impugnação à decisão.

⁶⁹⁶ Que pode ser observada na Lei de Lavagem de Dinheiro, em que pese a discussão sobre a revogação ou não de tal dispositivo a partir da última reforma processual penal brasileira.

⁶⁹⁷ Para Cordero os adjetivos inquisitório e acusatório são os termos de uma antítese construída sobre a relação parte-juiz; já que os significados da palavra não são unívocos e também variam segundo se considere a iniciativa da instauração do processo ou a modalidade de aquisição da prova. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 152.

⁶⁹⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 274.

⁶⁹⁹ Conformação do sistema acusatório que é também deformada no enquadramento que lhe dá Frederico Marques, para quem o processo penal deve atender funções próprias da defesa social: “Elaborado em consonância com os princípios da acusação penal privada, para a qual foi estruturado, o sistema acusatório, adaptado à concepção publicista, hoje imperante, do jus puniendi, atende perfeitamente àquele ideal de equilíbrio preconizado por Ferri, entre os direitos individuais do acusado, e os direitos de supremacia do Estado que pune, tornando-os, destarte, nos limites das coisas humanas, a forma processual que melhor consulta aos interesses da Justiça Penal”. MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 24.

ampliação, na mais das vezes desmedida, dos poderes judiciais a ponto de se poder falar em grau zero de democracia no processo penal brasileiro⁷⁰⁰.

Esta postura de dotar o juiz de poderes instrutórios, nas mais das vezes ilimitados encontra respaldo quase que uníssono na doutrina brasileira. Soa como que uma heresia a afirmação de que o juiz não deveria possuir poderes de gestão probatória, seguindo na linha desenvolvida pela Escola de São Paulo, principalmente com a recepção que lhe oferece Frederico Marques⁷⁰¹. Como corolário próprio desta postura, até certo ponto cega para compreender o comprometimento para a imparcialidade do juiz, Grinover destaca que “deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário”. O fundamento para autorizar-se este ativismo judicial residiria, segue a processualista, no fato de que se não pode conformar o juiz com aquela postura liberal. A transformação pela qual passara o Estado de Direito, que devém em Estado social não se compadece com o juiz constituindo-se como uma figura decorativa. Basicamente em tal razão deve o juiz manter seus poderes instrutórios⁷⁰². Some-se a isso outra justificativa: a caracterização do processo penal como imantado pelo princípio da verdade real, enquanto a verdade formal é que constituiria o núcleo do processo civil⁷⁰³.

⁷⁰⁰ “Há inúmeras vantagens do modelo acusatório sobre o inquisitório. Do ponto de vista ideológico, trata-se de uma forma democrática do exercício do poder, permitindo que o destinatário do ato possa influenciar na sua formação. O modelo acusatório é uma garantia para o acusado. Sob o aspecto do funcionamento interno, a estrutura dialética do processo acusatório permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito, quanto para as questões de fato, principalmente no aspecto probatório”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito Processual Penal*. t. I. p. 38.

⁷⁰¹ “Não importa que em seguida venha dito que havendo ‘uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*’: em face do *art. 156*, e tendo em vista a prioridade das normas constitucionais relativas à plenitude da defesa, tal atribuição judiciária tem natureza indiscutivelmente supletiva, não chegando assim a infundir caráter inquisitório ao nosso procedimento”. MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. p. 28.

⁷⁰² “A visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 81.

⁷⁰³ “Uma tal modelação do processo penal no sentido de um sistema acusatório puro, de uma inteira passividade do tribunal, viria, no entanto, a dar-lhe os quadros clássicos a do processo civil, corresponderia na linguagem de Beling, a uma *Zivilprozessualisierung des Strafprozesses*, dificilmente conciliável com a natureza eminentemente pública das relações que o direito criminal adjectivo serve”. SILVA CORREIA, Eduardo Henriques da. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948. p. 16-17.

Tal postura de pensamento além de ser extremamente reducionista, confere ao processo penal uma dependência irrestrita à política⁷⁰⁴. A passagem de um Estado liberal para outro social não serve de sustentáculo para se outorgar ao juiz faculdades instrutórias. A uma pela circunstância de que o âmbito jurídico, especialmente o penal, deve servir como um freio ao poder estatal. Não o contrário, servir como mola propulsora de finalidades outras, espúrias à tutela do hipossuficiente. Demais disso, reaparece o legado positivista de uma superação do modelo acusatório germânico pela Inquisição, que também restaria superada pelo modelo misto⁷⁰⁵. Tal opção teórica é manifestamente simplista para se justificar as constantes mudanças políticas pelas quais passam os Estados, com reflexo direto no processo penal. Para finalizar, se o Estado social por si só significasse um avanço democrático em detrimento do Estado liberal, quiçá as coisas se explicassem mais facilmente. Todavia, a complexidade das relações sociais não permite que uma epidérmica solução pudesse servir como justificativa teórica a servir de amparo para a manutenção dos poderes instrutórios. Quanto ao problema da conformação distintiva entre o problema da verdade real x formal, torna-se até mesmo despidendo que a verdade real se coaduna não com uma categoria de processo, civil ou penal. Mas se relaciona com a gestão probatória, ligada aos sistemas processuais⁷⁰⁶ e não ao ramo processual. Trata-se de um erro crasso, que não carece de maiores enfrentamentos, posto que o propósito deste capítulo é

⁷⁰⁴ “La estrecha relación política entre el Derecho penal y el procesal penal no es, según advertimos, un descubrimiento nuevo, sino una realidad que es patrimonio de todos los tiempos y que se puede observar con llamativa claridad en la historia. La realización de la máxima *salus publica suprema lex est*, que preside el pensamiento penal de Europa continental durante la segunda mitad de la Edad Media, al producirse la recepción del Derecho romano imperial, fue algo que ambas ramas jurídicas emprendieron en conjunto. A la idea extrema de expiación y prevención general en el Derecho penal se le adecua perfectamente un método de realización e investigación, la Inquisición, que cumplía perfectamente esos fines y los complementaba, a tal punto que el instrumento de realización llegó a ser más famoso y conocido que las normas materiales a las que servía y en un tiempo en el cual ambas ramas jurídicas aún permanecían unidas”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 148.

⁷⁰⁵ “Éste, que hemos descrito sintéticamente, es el verdadero enjuiciamiento que lleva el nombre de *mixto* y traduce el resultado político final, en la materia, emergente de la *reforma del sistema inquisitivo* en Europa continental durante el siglo XIX. Su ley base es el *Code d’instruction criminelle* francés de 1808, expandido por Europa continental por imperio del triunfo de las ideas que fundaron la Revolución Francesa y de la dominación napoleónica. El sistema trasciende hasta nuestros días y su comparación con algunas leyes argentinas e hispanoamericanas muestra, muy claramente, el atraso cultural en el que, parcialmente, vivimos”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 454.

⁷⁰⁶ “Por isso se impõe no processo penal a afirmação complementar do princípio inquisitório, ou seja, da máxima segundo a qual na formação da prova cumpre ao juiz uma actividade tendente a averiguar a verdade material, actividade essa que comporta a possibilidade de, ex officio, ele se mover para além dos limites neste aspecto traçados pelas partes, sem deixar de respeitar, é claro, o direito delas a serem ouvidas sobre tudo o que possa influenciar a decisão”. SILVA CORREIA, Eduardo Henriques da. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*. p.19.

justamente enfrentar a temática dos sistemas, cujas características amiúde são referidas. Como aponta Binder, ao tratar dos poderes instrutórios judiciais e da matriz acusatória: “o ‘acusatório formal’ é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias”⁷⁰⁷.

Evidentemente que o autoritarismo judicial reinante num modelo de ilimitação dos poderes instrutórios contribui sensivelmente para a gradativa erosão do sistema de garantias constitucionais do processo penal. Como sustenta Ondeï, o autoritarismo dos juizes não deve ser um fim em si mesmo mas destinado somente ao controle da recíproca lealdade processual e da liberdade do contraditório, próprio para garantir a paridade do jogo⁷⁰⁸. Todavia, como frisado, a maioria dos países ocidentais vem gradativamente ampliando os poderes instrutórios dos juizes, pelo que se poderia aqui falar em uma hipostasia inquisitorial contemporânea⁷⁰⁹. Ademais, a doutrina tradicional que sustenta os poderes instrutórios dos juizes esquece-se de um problema que se dá quando está o juiz a interferir na prova. Trata-se da possibilidade de captação de elementos para elasticamente adaptar a acusação à hipótese lançada pelo juiz⁷¹⁰.

O sistema adversarial inglês, pelo contrário, de regra não tolera a intervenção do juiz na produção probatória⁷¹¹, o que lhe permite assumir uma mais rigorosa atenção quanto às formalidades (essenciais e vitais) do processo penal acusatório⁷¹², cuja manutenção de

⁷⁰⁷ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 51.

⁷⁰⁸ ONDEI, Emilio. Liberalismo o Autoritarismo Processuale? *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 184

⁷⁰⁹ Na Alemanha, por exemplo, constata Ambos a existência de um modelo inquisitorial: “se nos centrarmos mais no desenvolvimento do processo em si, considerando tanto sua fase preliminar como aquela levada a efeito em juízo, de forma a se indagar como ‘se procede’, seguindo a distinção internacional entre modelo contraditório (adversarial) e modelo inquisitivo, chegamos à conclusão de que o vigente processo penal alemão se amolda melhor dentro do gênero dos processos ‘inquisitivos’”. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória*: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

⁷¹⁰ “O argüido – pense-se especialmente no inocente – tem, com efeito, uma legítima expectativa a que se mantenham inalteráveis os termos da acusação. E se é certo que a sua interpretação a não altera substancialmente, tem de confessar-se que a consideração da real vontade do acusador comporta a possibilidade de pôr o réu em presença de factos que inteiramente o surpreendam e que, sem qualquer espírito de chicana, venham alterar completamente o seu sistema de defesa”. SILVA CORREIA, Eduardo Henriques da. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*. p. 13.

⁷¹¹ “El sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y sus reglas fundamentales son las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso (*nemo iudex sine actore*); no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes”. LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *El Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. p. 24.

⁷¹² Sobre o sistema acusatório inglês sustenta Roxin que “el juez no reúne los fundamentos de la sentencia a través de medidas de investigación propias, sino que dirige el juicio – p. ej., por medio de la admisión o rechazo de preguntas – sólo como una especie de árbitro imparcial, que finalmente dicta la sentencia junto con el jurado sobre la base de los elementos de cargo y descargo reunidos por las ‘partes’. Se habla aquí de un

um árbitro imparcial – equidistante das partes – funda o método dialético propriamente dito⁷¹³. Como alerta Bovino, “el principio acusatorio tiene una vinculación mucho mayor con la realización de una garantía distinta del derecho de defensa: la imparcialidad del tribunal”⁷¹⁴. Apesar de o modelo inglês prever em abstrato, certos poderes ao juiz, como sustenta Bettiol “o mesmo não é exercido justamente porque visto em contraste com os princípios que inspiram um processo de partes”⁷¹⁵, justificado que está excepcionalmente⁷¹⁶.

Este sistema processual consagra a máxima de que “donde no hay acusación no hay juez”⁷¹⁷. O princípio dispositivo⁷¹⁸ que funda o sistema acusatório não pode ser confundido com disponibilidade do objeto processual (pretensão acusatória) e de seu conteúdo (caso penal). Por disponibilidade se concebe a faculdade de renúncia do prosseguimento processual, ligada via de regra ao princípio da oportunidade, que por seu turno integrava o

‘proceso acusatorio puro’ porque sólo los hechos alegados por la acusación pueden conducir a una condena”. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 122.

⁷¹³ Para Di Chiara o acúmulo de funções requerentes e judicantes implica a indistinção do juiz-pretor da parte pública que promove a ação e instrui o processo; contra tal indistinção era inequivocamente orientada a jurisprudência constitucional na vigília da reforma de 1988. O segundo estrato, pressupondo o primeiro, se radica e o precisa em senso substancial: não basta que o juiz seja distinto das partes; ocorre também que esteja distante e mais, equidistante dessas; ocorre que tal equidistância, baluarte da ‘paridade de armas’ entre as partes, seja ao mesmo tempo orgânica e operativa; ocorre, finalmente, que tal equidistância deve ser apreciável em abstrato (de acordo com o ordenamento) mas também em concreto. DI CHIARA, Giuseppe. Linee Evolutive Della Giurisprudenza Costituzionale in Tema di Imparzialità del Giudice”. In PERCHINUNNO, Vincenzo. *Percorsi di Procedura Penali II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*. p. 36.

⁷¹⁴ BOVINO, Alberto. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. Buenos Aires: del Puerto, 2005. p. 41.

⁷¹⁵ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. p. 212.

⁷¹⁶ “O poder de dispor de ofício no acolhimento das provas está, ao invés, fora do *adversary system*, resolvendo-se inevitavelmente na intervenção a favor de uma parte. Ele pode justificar-se em casos excepcionais somente em vista da realização da efetiva igualdade de uma parte com a outra, em consequência de uma manifesta inércia ou incapacidade do representante de acusação ou de defesa”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. p.274.

⁷¹⁷ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*. v. I. p. 83.

⁷¹⁸ “O art. 156, por outro lado, desmente a mera impressão que desavisados podem ter com o novo preceito do art. 155, uma bizarra tentativa de limitação à *livre apreciação da prova*, antes de tudo porque ofensivo ao modelo de pensamento da civilização ocidental, dado sequer ser razoável (eis um dos pontos de sua inconstitucionalidade) se permitir que o juiz ordene a produção de prova sponte própria na fase preliminar da persecução penal e, depois, forme a sua convicção tão-só “da prova produzida em contraditório”. Ora, embora tenham alguns que não entendam e outros que não queiram – ou não queiram ser –, o juiz é um ser humano, algo não muito difícil de perceber: numa democracia (quem a quer de verdade?), é sujeito, isto é, assujeitado, e, assim, *subjectu*, “posto debaixo” da lei. Deste modo, mesmo imperando a Filosofia da Linguagem e os significantes remetendo para outros significantes a fim de, só depois, dar-se sentido aos textos, não pode ele, embora como um hermeneuta, *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”. COUTINHO, Jacinto de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 258.

conceito de sistema acusatório em seus primórdios, como acentua a doutrina. O princípio dispositivo significa a posição do juiz e nada tem a ver com interesses disponíveis, capazes de tornar o processo penal moldados sob os mesmos parâmetros de uma demanda civil⁷¹⁹. Disponibilidade diz com o conteúdo do processo e sua capacidade de integrar o patrimônio do sujeito processual na medida de um interesse disponível, sujeitando-se às regras deste: renúncia, desistência, concessões, relativizações⁷²⁰.

Com o advento da modernidade, há uma nítida preferência pelo sistema inquisitorial, em detrimento do acusatório. Inúmeros motivos poderiam ser aqui arrazoados. O primeiro deles reside na circunstância de o sistema inquisitorial se amoldar mais facilmente ao método científico⁷²¹. A principal relação entre ciência e sistema processual inquisitorial reside na possibilidade, pela economia sgnica da ciência⁷²², de um fundo alucinatório paranóide, cultivado em boa dose pelo irrompimento de uma atividade de um sujeito narcisista (inquisidor)⁷²³.

⁷¹⁹ Massa destaca o princípio dispositivo de forma negativa em relação às atividades judiciais: para o processualista italiano, o princípio dispositivo vale enquanto não limitar a atuação judicial na descoberta da verdade. Onde o princípio dispositivo prejudica os poderes judiciais, já não mais funciona. MASSA, Carlo. Il Principio Dispositivo nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 2, 1961. p. 373.

⁷²⁰ Assim, equivocada a equiparação do principio dispositivo à disponibilidade: “El sistema actual rechaza procesos sin solicitud; y este juez no tiene poderes instructores; solo puede indicar posibles investigaciones al investigador, imponiéndole un término, y es claro que el otro indaga si quiere”. LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *El Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. p. 22. Também Massa incorre em equívoco afirmando que o princípio dispositivo é a projeção no plano processual dos poderes de disposição das partes acordados sobre o objeto do proceso. MASSA, Carlo. Il Principio Dispositivo nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 2, 1961. p. 356.

⁷²¹ Como aponta Legendre se os enunciados científicos são destinados a substituir o lugar do Terceiro mítico, eles se transformam em forma soberana do dito e rito fundador, sua autoridade se inscreve como relação mítica, a legalidade se transforma ela mesma em rito da Ciência. LEGENDRE, Pierre. *Leçons VI. Les Enfants du Texte: étude sur la fonction parentale des États*. Paris: Fayard, 1992. p. 48.

⁷²² “El método inquisitivo moderno, al menos desde el Code Louis de 1670, ha estado asociado con el enfoque cartesiano del método científico, en el cual un investigador único, provisto de un conjunto de herramientas forenses y de técnicas experimentales, está investido del poder para poder llevar a cabo de manera ilimitada la búsqueda de la verdad. Por el contrario, el modelo *adversarial* se inspira en una tradición intelectual completamente diferente”. VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. *In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 184.

⁷²³ “En la postmodernidad se acoge la idea de que nos es posible seguir manteniendo la existencia de una verdad fáctica de carácter absoluto que pueda descubrirse a través de la metodología forense. La crítica postmoderna hacia el ‘inquisitorialismo’ científico es radical, al sugerir que falla la propia idea de mantener una única guía narrativa en pos de la ‘verdad material’, y que es preciso aceptar que cualquier solución es el resultado de subjetividades diversas. Estos planteamientos encajan mejor dentro de un sistema *adversarial*, que dentro de un sistema inquisitivo basado en la búsqueda de la verdad. Estas argumentaciones quizás hayan contribuido a explicar el auge actual del sistema *adversarial*”. VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en

Em segundo lugar, a ampliação da tutela penal possibilita o “regresso do mesmo” a fim de tentar lidar com as novas dificuldades que se estabelecem. O método mais fácil para se oferecer uma resposta eficientista⁷²⁴ aos novos desideratos que irrompem no direito como “tutela de novos bens jurídico-penais” exige do processo penal uma economia súnica que possa sem problemas lidar com ilegalidades congênicas. O processo penal é pródigo em exemplos casuísticos nos quais a maneira mirabolante com a qual se sustentam decisões absurdas é levada, paradoxalmente, a sério. Prototípico do sistema inquisitorial, portanto.

Em terceiro lugar, o sistema inquisitorial é preferível ao sistema acusatório no plano de uma gestão eficientista do controle social⁷²⁵. A *social engineering* (Roscoe Pound) criminal, mediante o cultivo de um aparato brutalizado de resolução conflitual consegue, mediante a mesma lógica do sistema inquisitorial clássico criar as próprias condições de legitimidade. Do mal que é necessário erradicar (a crescente sensação de insegurança fabricada substitui o antigo mundo em colapso governado pela heresia) à produção da delinqüência muda apenas os nomes⁷²⁶. O processo penal como um processo constitutivo (Carnelutti), como na peste milanese, produz justamente os resíduos indesejáveis cujo extermínio era necessário. A imparcialidade não se afigura um problema⁷²⁷. Assim, o

los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 185.

⁷²⁴ Para Pisapia o sistema acusatório é mais sensível à exigência de liberdade do cidadão, enquanto o sistema inquisitório é mais sensível à exigência de assegurar a punição do culpável: tanto que o processo de tipo acusatório vem considerado como expressão típica do Estado liberal-democrático, enquanto o processo de tipo inquisitório vem considerado como congênito ao Estado autoritário. PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. v I. p. 53.

⁷²⁵ “El sistema actual rechaza procesos sin solicitud; y este juez no tiene poderes instructores; solo puede indicar posibles investigaciones al investigador, imponiéndole un término, y es claro que el otro indaga si quiere”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 251.

⁷²⁶ “Cuatro necesidades se han presentado aquí como absolutamente dominantes mediante la reseña histórica: el poder de investigar, que ha aumentado a pasos agigantados en su dimensión y efectos mediante las nuevas técnicas de investigación, necesita un control efectivo; las posibilidades de la defensa de ejercer una influencia constructiva en la instrucción deben ser mejoradas, en el fondo ser aún creadas; hace falta un control eficiente sobre el Ministerio fiscal justamente en los casos en los que abandona la ulterior persecución en la aplicación del principio de oportunidad; y el traslado de resultados investigatorios al juicio oral, que se practica actualmente y es posibilitado casi ilimitadamente por la jurisprudencia con toda clase de artimañas, debe ser al menos severamente restringido, en tanto que se quiera seguir considerando al juicio oral como centro de decisiones del procedimiento penal”. SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. p. 55-56.

⁷²⁷ “El principio de imparcialidad exige una estricta separación de funciones requirentes y decisorias. Ello significa que resulta ilegítimo toda decisión legal que otorgue a los jueces facultades inquisitivas y le permitan intervenir activamente a favor de la actividad procesal persecutoria”. BOVINO, Alberto. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. 46.

discurso autofundador e recursivo, próprio do sistema inquisitorial repete-se em toda a sua plenitude.

Em quarto lugar, a ilegalidade concernente ao sistema inquisitorial, a constante burla de etiquetas e a possibilidade de embaraço das regras mais elementares neutraliza um dos problemas centrais trazidos pelo sistema acusatório, a saber: a formalidade rigorosa⁷²⁸, impediente da consumação de um modelo efficientista. Desta maneira, a ilegalidade do sistema inquisitorial traz poucos problemas com relação à teoria das nulidades (um dos principais problemas do processo penal contemporâneo). Correlata, a flexibilidade processual, principalmente nas investigações preliminares, nas delações premiadas e toda a sorte do gênero “pentitismo”⁷²⁹ é considerada por boa parte da doutrina, um avanço representativamente ao predomínio de atos processuais rígidos⁷³⁰. Agregado ao problema da forma, a teoria da prova ilícita traz inúmeras obscuridades e dificuldades no tratamento de limites, permissões e proibições, o que se não verifica no modelo inquisitorial.

Em quinto lugar, o sistema inquisitório está intimamente ligado à constituição do objeto do processo penal como sendo uma pretensão punitiva⁷³¹. Esta postura teórica, preliminarmente, deságua em uma concepção de processo penal como ferramenta de combate à criminalidade. Esse aspecto além de correlacionado ao efficientismo declinado alhures movimenta um processo penal capaz de se amoldar aos mais diversos interesses políticos em jogo. Observa-se, demais disso, que uma pretensão punitiva pode ser desligada de outro vínculo rígido e que oferece problemas à acusação e sentença no sistema acusatório: trata-se do princípio da congruência. Ingressando o juiz como cooperador da acusação, flexibiliza-se a estreita correlação entre pedido e sentença, já que pretensão à

⁷²⁸ “Si se mantiene el sistema de los códigos orales mal llamados ‘modernos’, en cambio, la confusión entre funciones requirentes y decisorias afecta necesariamente la imparcialidad y, en consecuencia, impide que los jueces cumplan con su obligación de actuar como garantes de los derechos fundamentales del imputado”. BOVINO, Alberto. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. 47.

⁷²⁹ Os ritos de “deflação processual”, como explica Lozzi, podem ser entendidos como naturalmente inquisitoriais. LOZZI, Gilberto. Il Giusto Processo e i Riti Speciali Deflativi del Dibattimento. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLV. Milano:Giuffrè, 2002. p. 1159.

⁷³⁰ “Mesmo que em abstrato, depois, tal protagonismo possa ser exercido a favor de todas as partes, na praxe concreta, ele se resolve numa atividade auxiliar e integradora da atividade do Ministério Público”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. p. 275.

⁷³¹ “Por imperio del ordenamiento jurídico-penal, la potestad represiva del Estado – por eso llamada derecho subjetivo de punir queda sustancial y formalmente definida, disciplinada y limitada, de surte que sólo puede proyectarse en la órbita del derecho y del modo práctico que el mismo establece”. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1956. p. 10.

punição se torna algo genericamente reivindicável⁷³². Por aí que adentram denúncias genéricas, alternativas, carregadas de obscuridades e que são, a posteriori, “adequadas pelo juiz”⁷³³. Fundamental, numa concepção inquisitorial de processo, o desligamento da persecução das formas mais elementares de contenção do poder punitivo⁷³⁴.

Em sexto lugar, o sistema inquisitório não tem a dificuldade no tratamento dos problemas relativos às cargas processuais que possui o modelo acusatório. Enquanto neste regime a carga processual recai sobre a acusação⁷³⁵, no sistema inquisitorial há uma presunção de culpabilidade do acusado estratificada por determinadas fórmulas, preceitos, brocardos⁷³⁶. Não bastasse esta dinâmica, a generalização do fundo alucinatório próprio do regime da evidência se encarrega de permitir um princípio do “acerto da hipótese acusatória”. O problema da carga processual como um imperativo de interesse da acusação, no processo penal, diz respeito, à vinculação estrita com relação à prova e aos atos processuais. Não basta a prova, mas o seu condicionamento à validade do ato processual torna mais dificultosa uma tarefa probatória. A ausência de formas e do preenchimento de

⁷³² “El principio de aportación de parte consiste en que la Ley asigna a las partes la función de reunir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del Juez a recibirlo para valorarlo después. El principio de congruencia se relaciona con el principio de aportación a través del aforismo *judex judicet secundum allegata et probata partium*”. ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes: pretensión, oposición, fallo*. Madrid: Aguilar, 1957. p. 139.

⁷³³ Exemplo disso pode ser verificado no pensamento de Silva Correia: “ninguém negará ao juiz a possibilidade de adaptar as palavras da acusação ao seu verdadeiro pensamento, corrigindo faltas ou erros que tenham traído o seu exacto sentido. Todos estarão por certo de acordo em permitir que se interprete devidamente a acusação”. SILVA CORREIA, Eduardo Henriques da. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*. p. 12-13.

⁷³⁴ “¿En qué competencia, en cuanto a los órganos, se manifestaba el derecho punitivo estatal en la época del proceso inquisitorio? ¿En ninguna? Es obvio que, desde el punto de vista de la teoría orgánica del Estado, esto resulta rotundamente imposible. ¿Qué órgano representaba al Estado en el ejercicio de su derecho punitivo durante la era del procedimiento inquisitorio? ¿Ninguno? Entonces, el ejercicio del derecho punitivo estatal quedaba, evidentemente, en suspenso en esos tiempos afortunados. ¿Lo habrán creído así también los pobres pecadores de entonces?”. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p.112-113.

⁷³⁵ “Me parece indudable que el dogma constitucional excluye en absoluto la carga probatoria del imputado; éste no tiene el *deber* de probar nada, aunque tenga el *derecho* de hacerlo, pues goza de una *situación jurídica que no requiere ser construida, sino que debe ser destruida*; si no se le prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente, y por lo tanto, deberá ser absuelto”. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. p. 34.

⁷³⁶ Como destaca Goldschmidt, “ahora bien, también en un procedimiento dominado por el principio inquisitivo una parte puede encontrarse en la situación de que la no comprobación de un hecho redundaría en su perjuicio, y en este caso incumbe a la parte la carga material de la prueba”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 89.

requisitos permite firmar-se uma postura hábil a arregimentar e sustentar uma verdade material. A ausência de freios e limites⁷³⁷ condiciona-se a uma política do ilimitado.

Por essas e outras razões, nas palavras de Cordero, não é contestável que o nosso sistema judiciário revele características de descendência inquisitória⁷³⁸. De regra, para a doutrina que sustenta um modelo acusatório temperado por funções tipicamente instrutórias exercidas pelo juiz, chega-se facilmente à conclusão de que o princípio dispositivo não é fundamental ao processo penal⁷³⁹. Como acentua Bovino, o problema da natureza inquisitiva do processo “envuelve una confusión del fin esencial del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con uno de los medios posibles para lograr este fin”⁷⁴⁰.

A concentração das atividades de acusar e julgar⁷⁴¹ revela uma preocupação de gestão criminal, reduzida contemporaneamente a uma questão de burocratização do controle social, modelada pelos seis argumentos anteriormente expostos que demonstram a opção contemporânea pela concessão de poderes instrutórios ao juiz.

Uma vez caracterizado o modelo processual inquisitório como regido pela concentração das atividades de acusar e julgar, sob os auspícios do princípio inquisitivo, resta ainda por examinar um ponto central para a configuração desse sistema. Trata-se de sua relação com a verdade, próximo ponto.

1.6.4 A Verdade e o Seu Papel Fundamental na Fundação do Processo Inquisitorial

Como analisado no sistema inquisitorial, três características elementares foram destacadas até o momento: crença, neutralidade do inquisidor e a concentração das atividades de acusar e julgar (com a vigência do princípio inquisitivo) constituía uma rede

⁷³⁷ “El principio acusatorio es un principio estructural del derecho positivo propio del Estado moderno. De alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene como finalidad principal realizar la garantía de la imparcialidad del tribunal, esto es, la actuación objetiva del juzgador, limitada a tareas decisorias que no se comprometan con la hipótesis persecutoria”. BOVINO, Alberto. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. 51.

⁷³⁸ CORDERO, Franco. *Il Giudizio D’Onore*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 12.

⁷³⁹ LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *EL Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. p. 40.

⁷⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 114.

⁷⁴¹ BOVINO, Alberto. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. p. 41.

hábil a sustentar este engenho jurídico. A tarefa ainda não se encontra esgotada. Preciso uma última análise, correspondente ao papel exercido pela verdade no sistema inquisitorial.

Sabe-se que o processo penal move-se pela tentativa de captura psíquica do juiz⁷⁴². A arte do convencimento, as provas apontadas, os indícios, presunções tornam o juízo, em última instância dependente do grau de intensidade da convicção judicial às teses expostas. Como destaca Cordero, “no fundo, a experiência do direito não sai dos limites de um quadro solipsista”⁷⁴³. Como aponta Carnelutti, o processo penal é constitutivo, cuja sentença, mediante o uso de determinados significantes inaugura o acerto da tese acusatória, derogando o alicerce da presunção de inocência ou, pelo contrário, o decreto absolutório resolve pela improcedência da acusação, pela caracterização da inocência do réu ou até mesma pela não dissipação da dúvida⁷⁴⁴. De toda forma, requer-se o contributo do juiz para a ampliação da “pequena história”⁷⁴⁵ trazida pelas partes⁷⁴⁶. No sistema acusatório, o afastamento judicial deve reduzir as chances de o juiz construir o processo como objeto de amor. Em outras palavras, procura-se preservar sua imparcialidade, questionada por muitos autores⁷⁴⁷.

Juridicamente, o afastamento judicial, no sistema acusatório, mantém-se em pé pela fundação do modelo processual sob o alicerce do princípio dispositivo (ausência de interferência do juiz no recolhimento das provas). No sistema inquisitório é a vigência do princípio inquisitivo (atividade judicial na colheita probatória) que funda o regime. Como aponta Liebman ao princípio dispositivo se contrapõe o princípio inquisitório, a norma da qual compete ao juiz, ao invés das partes, os poderes de iniciativa na atividade

⁷⁴² CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 24.

⁷⁴³ CORDERO, Franco. *Direito*. In *Enciclopédia Einaudi*. v.39. p. 18.

⁷⁴⁴ Não se pode esquecer a advertência de Carnelutti de que o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o imputado na condição na qual se encontrava antes do debate oral: acusado por toda a vida. CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certezza*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. Padova, 1965. p. 04- 09.p. 07.

⁷⁴⁵ “Daqui uma colaboração das partes com o juiz, tem, todavia, o defeito de ser parcial: cada uma delas atua com a finalidade de desvelar não toda a verdade, mas aquele tanto de verdade que lhe convém”. CARNELUTTI, Francesco. *Como se Faz Um Processo*. 2 ed. Campinas: Minelli, 2004. p. 92.

⁷⁴⁶ Adverte Capograssi que a lógica da objetividade não elimina a subjetividade do juiz. Depois de tudo isso, resta o julgar na sua parte mais secreta e delicada, no momento da decisão na qual o homem juiz, coma sua inteligência ou sua vontade ou com tudo isso, diz a última palavra. CAPOGRASSI, Giuseppe. *Giudizio, Processo, Scienza, Verità*. In *Rivista di Diritto Processuale*.v. v. Padova, 1950. p. 11.

⁷⁴⁷ De acordo com Calamandrei o juiz, deveria, no contraste entre as partes, ser e sentir-se imparcial, isto é, terceiro: mas é humanamente possível que o juiz, que é ainda um homem, se sinta um terceiro em um debate no qual se encontra e seja encarnado em uma única lide ou reduzido à escala individual, naqueles interesses coletivos que se chocam na vida política da sociedade, da qual o juiz faz parte?. CALAMANDREI, Piero. *Processo e Giustizia*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. p. 286.

instrutória⁷⁴⁸. A distinção entre sistema acusatório e inquisitório a partir de um princípio fundamental encontra em Liebman eco⁷⁴⁹. Uma vez mais, convive-se com o problema da imparcialidade⁷⁵⁰ constituindo-se esta a razão pela qual o sistema acusatório dá maiores garantias do que o inquisitório de conduzir a um juízo imparcial e sereno no processo penal⁷⁵¹. Ainda, sustenta Liebman que a imparcialidade é uma qualidade que deve possuir o juiz para praticar o ato que dele se espera, isto é, pelo juízo, que não pode ser reto nem a decisão justa, se ele não é – propriamente quando julga e decide - imparcial⁷⁵². O processualista italiano adverte da preferência – tratando nos limites do processo civil e que, no entanto aqui não guardam diferença alguma – pela imparcialidade⁷⁵³ do juiz em relação à existência de poderes instrutórios⁷⁵⁴.

Para além, uma jurisdição exercida de ofício, na qual o órgão judicante procedesse por sua própria iniciativa, sem atender às solicitações dos sujeitos agentes, repugna ao conceito que modernamente se atribui ao juiz o qual, a fim de se conservar imparcial, deve atender tão somente às solicitações e distribuir justiça a quem demanda⁷⁵⁵. O juiz que desobedece tais cânones elementares pode ser considerado, nas palavras de Calamandrei,

⁷⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del Principio Dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. p. 555.

⁷⁴⁹ De acordo com Liebman na história e na teoria do processo penal, processo inquisitório é sempre considerado como aquele que possui como característica principal o poder do juiz de proceder de ofício e de recolher livremente a prova; a ele se contrapõe o sistema acusatório, no qual uma acusação é proposta e sustentada por pessoa diversa do juiz (exclusivamente pelo Ministério Público) e é vedada qualquer iniciativa e liberdade do juiz na coleta da prova. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del Principio Dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. p. 557.

⁷⁵⁰ “Segundo Liebman tanto o sistema dispositivo como aquele que atribui ao Ministério Público poderes ativos na instrução, tem em comum deixar o juiz numa posição de alheamento e passiva frente à iniciativa de outros sujeitos do processo, de modo a poder com o máximo de imparcialidade seja decidir a respeito da admissibilidade, relevância e atendibilidade da prova proposta pelas partes ou do Ministério Público, seja apreciar o resultado probatório. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del Principio Dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. p. 558.

⁷⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del Principio Dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. p. 560.

⁷⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del Principio Dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. p. 561.

⁷⁵³ “La existencia de la actividad de acusación y su separación de la actividad de juzgamiento es imprescindible para salvaguardar la imparcialidad del juez, que es prenda de la igualdad entre acusador y acusado, y está en la base del derecho de defensa (nadie puede defenderse sin que exista una acusación)”. CAFERRATA NORES, José I. *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. p. 107.

⁷⁵⁴ Para Liebman com relação ao código de processo civil a imparcialidade do juiz é o bem mais precioso, ainda que se sacrifiquem os poderes de iniciativa instrutória do juiz. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del Principio Dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. p. 565.

⁷⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. *La Relatività del Concetto di Azione*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. p. 26-27.

“um maníaco perigoso”⁷⁵⁶. Como se percebe cristalinamente, os poderes instrutórios levam consigo o problema do ilimitado, do excesso, capaz de converter o juiz num degenerado perseguidor da verdade a qualquer preço. No processo que vige sob o pálio do princípio dispositivo, o contraditório se dá *in re ipsa*. Parece inconcebível em um sistema processual que oferecesse a iniciativa probatória às partes, seja restrito ou limitado o direito da parte contrária de ser ouvida sobre os atos produzidos pelo antagonista⁷⁵⁷. Nas palavras de Taormina não pode mais existir sistema processual que não conheça contraposição dialética entre acusação e defesa⁷⁵⁸.

Reforçadas as bases de diferenciação de um e outro sistema, necessário dar-se um passo a mais. Como sustentado amiúde durante o presente estudo, a verdade guarda uma íntima relação com o sistema inquisitorial. Geralmente, a doutrina atribui como uma das finalidades precípua do processo penal a aquisição da verdade real ou substancial⁷⁵⁹. Em primeiro lugar, não se deve confundir o princípio da livre convencimento com o princípio da livre busca da verdade histórica que seria um princípio fundamental do processo penal⁷⁶⁰. Enquanto o princípio do livre convencimento diz respeito à possibilidade de uma decisão fundamentada, seguindo a sua consciência, o princípio da verdade real determina que o juiz, ao contrário do que ocorre num processo em que vige o princípio dispositivo, não deve se satisfazer com o material probatório trazido pelas partes. Esta verdade processual ou formal⁷⁶¹ não pode alcançar a verdade histórica, exigida pelo interesse público estatal na persecução do delito. Desta maneira, coligada ao princípio inquisitivo, o

⁷⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. La Relatività del Concetto di Azione. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. 27.

⁷⁵⁷ CONSO, Giovanni. Natura Giuridica Delle Norme Sulla Prova nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxv. n. 1. p. 10.

⁷⁵⁸ TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v. II. p. 23.

⁷⁵⁹ “Constituindo a apuração da verdade material, ou atingível, o dado mais relevante do precípua escopo do processo penal, torna-se inequívoco que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de inquisitividade à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal, subsequente à *informatio delicti*”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. p. 43

⁷⁶⁰ CONSO, Giovanni. Natura Giuridica Delle Norme Sulla Prova nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxv. n. 1. p. 20.

⁷⁶¹ “Por el contrario, si son las partes las que pueden dar al proceso un determinado sentido y dirección en el ejercicio de su poder dispositivo y de aportación de materiales por iniciativa propia y no del Juez, solamente se conseguirá la obtención de una verdad formal con el único fin de ponerse de acuerdo sobre el conflicto de intereses que plantearon”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Para la Elaboración de una Doctrina General de los Principios del Procedimiento*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948. p. 1352.

juiz deve, em caso de existência de dúvidas ou pela precária atividade das partes, intervir e sanar tais dúvidas ou colmatar as lacunas “históricas” deixadas pelas partes⁷⁶².

Como defende Roxin, “en el proceso penal rige el *principio de investigación*, también llamado principio de verdad material o principio de instrucción o inquisitivo”⁷⁶³. Esta divisão em duas espécies de verdade levou alguns autores a sustentar inclusive duas diferentes provas: a civil e a penal⁷⁶⁴. Para além, Florian chega a admitir embora não perceba os aspectos negativos, a existência de um conteúdo absolutamente psicológico da instrução penalística como a característica que mais facilmente demonstra seu afastamento da prova civil⁷⁶⁵. Assim, não é raro encontrar doutrina que situe ambas as provas em planos distintos, justamente por conta da atividade do juiz⁷⁶⁶. O princípio oficial, que dá ao juiz poderes instrutórios acaba “reduciendo más o menos a las partes al papel de elementos pasivos de su investigación”⁷⁶⁷.

O processo inquisitorial tem como uma de suas características mais básicas esta relação da do juiz com a prova. Uma vez mais, nas palavras de Roxin, “el proceso inquisitivo de Derecho común se basa en el principio de que la investigación de la verdad está en manos del juez”⁷⁶⁸. Como exposto no tópico precedente, a ampliação dos modelos

⁷⁶² “Trata-se de uma aposta na civilização demonstrar que a verdade pode ser perseguida e quase sempre alcançada por métodos ortodoxos sob o ângulo do respeito à pessoa e aos seus direitos fundamentais. Ou seja, trata-se de demonstrar que esses métodos não visam necessariamente a desviar a ‘verdade formal’ de um objetivo o mais plenamente conforme à ‘verdade real’. Isso implica, no entanto, uma consciência das responsabilidades e, onde o sentido das responsabilidades não é exercido, que os poderes do juiz se estendam ao controle excessivo e autenticamente imparcial das regras da prova, assim como à integração discreta mas eficiente das atividades nesse aspecto. Aí estão as esperanças mais sérias de resistência à tentação de um retorno à inquisição, ainda que disfarçada”. CHIAVARIO, Mario. O Processo Penal na Itália. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência européia*. p.56.

⁷⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 99.

⁷⁶⁴ Para Florian os poderes do juiz e as faculdades dispositivas das partes demonstram a relação entre as duas provas que se movem em uma proporção inversa: a potestade autônoma do juiz preenche e anima o dispositivo da prova penal, enquanto é completamente ausente a faculdade dispositiva das partes. FLORIAN, Eugenio. Le Due Prove (civile e penale). In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. III. p. 223.

⁷⁶⁵ FLORIAN, Eugenio. Le Due Prove (civile e penale). In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. III. p. 225-226.

⁷⁶⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Para la Elaboración de una Doctrina General de los Principios del Procedimiento*. p. 1353.

⁷⁶⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Para la Elaboración de una Doctrina General de los Principios del Procedimiento*. p. 1356.

⁷⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p.121.

processuais inquisitórios⁷⁶⁹ justifica-se na cada vez maior dependência do processo penal contemporâneo dos poderes instrutórios do juiz⁷⁷⁰.

Entretanto, apesar de alguns autores entenderem pela inexistência da verdade real⁷⁷¹ ou por sua busca não dever ser conduzida pelo juiz⁷⁷², a grande maioria crê em sua existência, atribuindo o dever do magistrado em encontrá-la⁷⁷³. Parece indubitável que nos sistemas processuais contemporâneos, mesmo que admitidos os poderes instrutórios do juiz, a possibilidade irrestrita e completa de encontrar a verdade histórica é barrada por algumas regras, dentre elas destacando-se aquelas de exclusão das provas ilícitas (*exclusionary rules*). Provenientes dos países afeitos a uma tradição acusatória⁷⁷⁴ (EUA e

⁷⁶⁹ “A pesar de la clara separación, tanto orgánica como funcional estatuida, por el nuevo sistema constitucional entre la acusación, por un lado, y el juzgamiento y el castigo del delito, por otro, la mayoría de los códigos procesales argentinos (tanto los pocos que quedan de tipo “escrito” como los de tipo “mixto” de enjuiciamiento penal) acuerdan a los tribunales (que deberían sólo juzgar) tareas acusatorias propias de la persecución penal, aunque – obviamente – no las califican como tales”. CAFERRATA NORES, José I.. *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. p.108. También neste sentido Fairén Guillén para quem “el proceso de evolución del procedimiento penal arrancó de un punto en que los poderes de las partes eran muy extensos, para llegar al momento histórico actual de combinación acusatorio-inquisitiva, pasando a través del dominio absoluto del referido sistema inquisitivo, en que como consecuencia, predominaban en el procedimiento los poderes del organismo juzgador de modo absoluto y exagerado”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Para la Elaboración de una Doctrina General de los Principios del Procedimiento*. p. 1357.

⁷⁷⁰ “Es evidente que la política procesal civil de nuestros días tiende a fortalecer la posición del juez y a frenar las extralimitaciones de las partes e incluso a proclamar el principio de la verdad material”. CASTILLO, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*. p. 28.

⁷⁷¹ “Implícito é o reconhecimento dos limites do conhecimento humano, e por conseguinte do caráter convencional da verdade. Não a impossível e fantástica verdade material do Inquisidor é procurada, quando, ao invés, mais se procura uma decisão além de qualquer outra dúvida. Daí a importância das *Rules of Evidence* e das *Exclusionary Rules* visando a garantir a aquisição da prova, e em particular o contraditório na formação da mesma”. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. p. 168.

⁷⁷² “Só mui impropriamente se pode afirmar, como se lê entre nós, que no processo criminal incumbe ao juiz moderno a busca da verdade real. O órgão estatal encarregado disso, em nosso sistema processual, não é o juiz, mas o Ministério Público, consoante se lê na Constituição Federal e na Lei Orgânica da instituição”. SUANNES. Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. p. 149.

⁷⁷³ Assim “todo el Derecho de prueba está sometido al principio de la « investigación de la verdad material »”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 212. Também no mesmo sentido Fairén Guillén, para quem “de tener el Juez facultades en la fase instructoria, puede dirigirlas a la averiguación de la verdad material de los hechos”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Para la Elaboración de una Doctrina General de los Principios del Procedimiento*. p. 1351.

⁷⁷⁴ Para Taruffo a reafirmação do papel de árbitro neutro e passivo que toca ao juiz, a respeito da dialética ‘ativa’ desenvolvida exclusivamente pelas partes encontra no modelo clássico do processo *adversary* a sua realização; a segunda conexa a tal modelo é a assunção de que a verdade dos fatos esteja ‘contida’ nas contrastantes versões que as partes fornecem e tendem a acreditar com a sua atividade processual. TARUFFO, Michele. *La Ricerca Della Verità Nell’Adversary System’ Angloamericano*. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xxxii. n. 4. p. 597.

Inglaterra⁷⁷⁵), há um contentamento com o material colhido pelas partes, reconhecendo-se de antemão a precariedade dos elementos coligidos aos autos em atuação arbitrária dos órgãos estatais.

Este conformismo com uma espécie de admissão da falibilidade do julgado, que não pode por sua própria natureza esgotar a realidade, sempre mais vasta, possibilita a redução do caráter policialesco e narcísico do juiz, o que em última instância colabora para que o juiz se erija em árbitro (imparcialidade⁷⁷⁶) e também se afaste de quadros mentais paranóicos. Apesar da existência de vozes dissonantes no que diz respeito às limitações próprias do sistema adversarial, ainda encontra-se, principalmente na Inglaterra, um princípio de afastamento do juiz. Trata-se de um princípio basilar, que comparado aos sistemas continentais gerou duas formas completamente distintas de lidar-se com a prova obtida mediante tortura (admitida raramente na Inglaterra e constituindo-se como regra geral nos sistemas continentais durante o período da Inquisição). Como assevera Taruffo, é rara a crítica ao modelo probatório inglês no âmbito da *common law*⁷⁷⁷. No registro do sistema inquisitorial há uma inderrogável vocação para a busca da verdade real. Esta relação do princípio inquisitivo com a verdade é uma das características primordiais do sistema inquisitorial.

Como refere Dohring, “el proceso está estructurado al efecto de lograr la verdad completa”⁷⁷⁸. Como problema principal do processo⁷⁷⁹, não é preciso uma análise mais do que perfunctória para se chegar à conclusão da erupção de um “sem-limite”. O inquisidor opera para além de qualquer limitação quanto às regras (ilegalidade). O acusado se torna o

⁷⁷⁵ Para Barreiros “acusatório é, no entanto, sem dúvida o sistema processual penal vigente na Grã-Bretanha, bem como nos países que receberam directamente a influência *Common-Law*”. BARREIROS, José Antonio. *Proceso Penal*. p. 11.

⁷⁷⁶ De acordo com Taruffo, por um lado, se trata da tradicional e ainda recorrente opinião segundo é justo e oportuno que o juiz seja neutro e passivo, e limite sua atividade mediante um controle pela *fairness* do choque de pretensões, por que em caso contrário, seria periclitante a sua imparcialidade e em seguida, a própria garantia da igualdade das partes do ponto de vista do *due process of law*. TARUFFO, Michele. La Ricerca Della Verità Nell’Adversary System’ Angloamericano. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxxii. n. 4. p. 597.

⁷⁷⁷ De acordo com Taruffo o princípio de absoluta passividade do juiz é episódica e minoritária no quadro total da doutrina da *common law*. TARUFFO, Michele. La Ricerca Della Verità Nell’Adversary System’ Angloamericano. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxxii. n. 4. p. 612.

⁷⁷⁸ DÖHRING, Erich. *La Prueba, su Práctica y Apreciación: la investigación del estado de los hechos del proceso*. Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 06.

⁷⁷⁹ “Lograr la verdad material es, a los ojos de la opinión, tan importante que se lo considera (muchas veces inconscientemente) el criterio capital para resolver los problemas relacionados con la comprobación de los hechos”. DÖHRING, Erich. *La Prueba, su Práctica y Apreciación: la investigación del estado de los hechos del proceso*. p. 07.

melhor meio cognitivo, como afirma Goldschmidt⁷⁸⁰. Em meio à tal estruturação, o princípio de averiguação ínsito ao modelo inquisitorial converge para uma sistemática que coloca a atuação tendente à descoberta da verdade como viga mestra, justamente, como demonstrado, em oposição⁷⁸¹ ao modelo acusatório⁷⁸².

O primeiro empecilho, de ordem epistemológica que se antepõe ao modelo da busca da verdade real é a sua inexistência.⁷⁸³ A física quântica, o teorema de Gödel, a própria Lei de Hume acerca da qual não se podem extrair conseqüências de dever-ser do ser e vice-versa impede, para ficar aqui com sinais identificadores desta incerteza generalizada trazida pelo avanço das ciências ditas exatas, falar-se em uma “verdade real”. Como diria Carnelutti, uma rosa é uma rosa porque não é nenhuma outra flor⁷⁸⁴. Assim, como não se podem conhecer todas as coisas, nas lições do pensador italiano, o conhecimento é tão somente parcial⁷⁸⁵. Todo o processo implicará escolhas⁷⁸⁶, as quais, no aparecimento de chances processuais e de situação em situação o caleidoscópio de decisões a serem tomadas pelas partes e pelo juiz implicarão riscos. Não se pode esquecer, ainda para ficar com Carnelutti que primeiramente se julga e depois se fundamenta, e a razão fundada na prova é

⁷⁸⁰ “El procesado es la mejor fuente de cognición, se le señala la misma exigencia de declarar, y esto conforme a la verdad, como a un testigo imparcial, y se le da vigor a esta exigencia por medios de coacción. Esta configuración de proceso es inquisitiva”. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. p. 112.

⁷⁸¹ “Para evitar que así ocurra se deberá excluir a los jueces de la tarea de procurar por sí (ex officio) las pruebas que les proporcionen conocimiento sobre los hechos de la acusación sobre la que deberán luego decidir”. CAFERRATA NORES, José L. *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. p. 108-109.

⁷⁸² “Principio acusatorio, principio clave de nuestro Ordenamiento Jurídico procesal penal, que significa estas tres cosas: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el Fiscal, ni ninguna de las otras partes posibles, formulan una acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; y c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el Estado de Derecho: diez estudios doctrinales*. p. 14-15.

⁷⁸³ “Não há verdade real, pelo menos se a aceitarmos como expressão absoluta dos fatos que devem ser demonstrados no processo. Trata-se de um ideal não alcançável, que cede espaço a uma verdade não definitiva mas contingente, não absoluta mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneos”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. p. 35.

⁷⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. p. 05.

⁷⁸⁵ Para Carnelutti a verdade de uma coisa escapa porque não podemos conhecer todas as outras coisas e assim não conseguimos senão um conhecimento parcia. CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. p. 05.

⁷⁸⁶ “O significado originário de *cernere* não é aquele de ver mas de escolher. A certeza, eu escrevi antes, implica uma escolha; e isto provavelmente foi o passo decisivo para compreender não apenas o verdadeiro valor do seu conceito, mas também o drama do processo”. CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. p. 05.

justamente o meio para testar o juízo⁷⁸⁷. Como seria possível sustentar-se uma verdade real?⁷⁸⁸

Retornando ao núcleo do sistema inquisitorial, na síntese lapidar de Coutinho, “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!)”⁷⁸⁹. A investigação de ofício do juiz cria uma espécie de dever sagrado de reencontrar a verdade em algum lugar perdida⁷⁹⁰. Mantém-se, sem embargo da espécie de Referência (Deus ou a Ciência⁷⁹¹) auscultada, uma diátribe entre inquisidor e a própria Referência. Protagonista, o inquisidor se personifica e se torna uma espécie de messias, de porta-voz desta Referência. Se há uma ligação de continuidade entre o sistema inquisitorial clássico (cuja referência é Deus) e o sistema inquisitorial contemporâneo (cuja Referência é a Ciência) trata-se da verdade e todo o arsenal epistemológico metafísico que insere sempre um sujeito a travar uma batalha silenciosa, que torna possível extrair-se do objeto a confirmação das hipóteses projetadas.

A solução de continuidade parece então, manter-se na relação entre o juiz munido de poderes capazes de torcer os significantes do processo e lhe extrair o sumo, o que equivaleria afirmar que a verdade brota desta relação entre o inquisidor e a Referência. O quanto baste para a defesa⁷⁹² do acusado alegar sua inocência não significa necessariamente uma verificação daquele cenário construído mentalmente pelo juiz. Se por captura psíquica deve-se entender a capacidade de trazer a decisão para um ponto favorável, menos se deve

⁷⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. p. 06.

⁷⁸⁸ Bastará aqui a adoção de uma postura que rechaça a admissão de uma verdade real no processo penal. Uma fundamentação mais aprofundada poderá ser encontrada em LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*.

⁷⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Novo Papel do Juiz no Processo Penal. In _____. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 18-19.

⁷⁹⁰ “Se debe tener en cuenta que el proceso inquisitivo, según su pensamiento fundamental, ha tendido de modo absoluto hacia la averiguación de la verdad material; y que en la ciencia y en la legislación, el deber de investigar la verdad se ha erigido para el instructor em el deber más sagrado”. SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 67.

⁷⁹¹ Legendre em suas *Lições* demonstra como a Ciência trata de ocupar o lugar de Deus na Referência, o que serve também para a designação jurídica da busca da verdade como uma atividade de arqueologia dos referenciais originários. O sistema inquisitório substitui a Referência de Deus pela da Ciência.

⁷⁹² “Junto al reconocimiento de la posibilidad de acceso al proceso, el derecho de defensa exige además que la entrada en él del titular del derecho a la libertad se efectúe mediante el otorgamiento de todo el estatuto de una ‘parte procesal’, porque en el proceso moderno la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, no puede obtenerse sino mediante la oposición de la acusación y de su antitético pensamiento, esto es, de la defensa”. GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentin. *Leciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Colex, 2000. p. 53.

à capacidade retórica do que atingir algum significante capaz de erigir paralelos entre a tese da parte e o mundo onírico do magistrado, o mundo inquisitorial por excelência.

Antes de tudo configura-se um falso apontamento traçar um paralelo entre as formas processuais de carácter legalista e o sistema inquisitório⁷⁹³, como faz, por exemplo, Binder⁷⁹⁴. Ettore Dosi não crê na correlação entre sistema de provas legais e modelo inquisitório e princípio dispositivo regulado pela liberdade da prova⁷⁹⁵, como exemplo dessa correção formalista⁷⁹⁶. A busca pela verdade deve ultrapassar formas e ritos, regras e silogismos⁷⁹⁷. Tudo quanto baste para instituir-se uma verossimilhança entre o episódio fático e os significantes processuais guarda respeito à cacofonia paranóica. Mundos, realidades, discursos constituem um mesmo caldo saturado pela voracidade de saber⁷⁹⁸. Daí por que o império da ciência não rompe com o sistema inquisitorial cujo objetivo é proteger a humanidade das heresias. O que conta e ao final indica a sabedoria de quem dita a sentença é o quanto sabe acerca de todos os elementos e circunstâncias que envolvem o

⁷⁹³ Também se discorda da posição de Carvalho e Loureiro neste ponto. “O inquisitório, mais que sistema histórico de processo penal, constituiu e constitui modelo complexo de administração e potencialização do poder punitivo. Dentre as características mais peculiares está o cuidado que confere ao trâmite, como se este constituísse valor em si mesmo. Ou seja, formalismo é característica ínsita ao inquisitório”. CARVALHO, Salo; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição: estudos de casos a partir do referencial garantista. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. p. 512.

⁷⁹⁴ “A escritura e o formalismo funcionam como a nova linguagem dos sistemas judiciais e lentamente molda o mundo e a cosmovisão judicial. Os sistemas judiciais em nosso país ainda estão presos a esta cosmovisão. O modo como protegem as formas processuais é uma das manifestações mais claras da sobrevivência cultural dessa cosmovisão e das funções não manifestas dessas formas processuais, assim como do sistema de nulidades, a serviço da sobrevivência dessa cultura”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 32. O mesmo autor continua: “o ritualismo e a defesa vazia das formas e dos trâmites é a fisiologia elementar do sistema inquisitivo, que ainda estende seus efeitos por toda a extensão de nosso país”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 71.

⁷⁹⁵ DOSI, Ettore. *Sul Principio di Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 40.

⁷⁹⁶ Para Dosi, o interesse público que domina o processo penal conduziu de um lado à regra da prova livre acompanhada de pouquíssimas hipóteses de prova legal, e de outro lado ao dever do juiz de prover ainda que de ofício à escolha dos meios para a procura das fontes de convencimento. DOSI, Ettore. *Sul Principio di Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale*. p. 42.

⁷⁹⁷ “Es lugar común, mas históricamente falso, que los axiomas legalistas están connaturalizados con el método inquisitorio; al contrario, hemos visto que lo modifican (si los suponemos efectivos, esa que hemos llamado álgebra de los indicios es una pura actitud de sabihondos); en su estado puro, *inquisición* significa investigación omnívora de lo acaecido; a fin de que no se escape nada; el investigador típico en extremo se dirige a la verdad histórica, no importa cómo ha de ser descubierta”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. t. II. p.34

⁷⁹⁸ “O sistema inquisitivo incorpora a idéia de verdade não por motivo de virtude, mas por uma questão de poder”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 50.

caso penal. O registro dessa verdade não é preciso buscá-lo na prova, que mais não é do que um encadeamento de significantes (Jakobson). Este material, burilado e remoído nas entranhas do psiquismo inquisitorial garante o surgimento de respostas sempre autênticas e precisas à lógica do sistema⁷⁹⁹.

Tradição, brocados, pacifismos jurisprudenciais contribuem para que tais significantes substituam categoricamente o fato perdido, protegendo a verdade da confrontação empírica⁸⁰⁰, na exigência de Ferrajoli. Esta ausência de comprovação empírica é justamente um dos motores de propulsão dos sistemas de direito penal substancialistas⁸⁰¹. Em contrapartida, Ferrajoli aponta que a verdade formal ou processual, inerente ao modelo acusatório não tem a pretensão de ser verdade, já que se condiciona em relação às garantias fundamentais⁸⁰². O pensador italiano, apesar das críticas tecidas ao modelo inquisitorial, acaba por tratar a verdade a partir de um ponto de vista axiomático, por entender que “si una justicia penal completamente “con verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad”⁸⁰³.

Ferrajoli acaba por adotar o modelo de Tarski⁸⁰⁴ de verdade, a qual determinará que “una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente es el sentido así definido”⁸⁰⁵. A teoria de Tarski não se trata de uma teoria capaz de indicar um critério (objetivo) de aceitação do

⁷⁹⁹ “La metamorfosis del siglo XIII liquida formas, torneos, y una serie de axiomas elementales, teniendo en cuenta la verdad histórica: el inquisidor investiga, tratando de buscar signos del delito, y labora sobre los acusados, porque, culpables o inocentes, saben, todo lo que se requiere para decisiones perfectas; todo está en hacérselo decir. La prueba legal implica horizontes cerrados y conclusiones mecánicas. A la bulimia inquisitorial le resulta connatural un saber omnívoro, en el cual todo enunciado sea sometido a crítica; vimos en el asunto milanés de los untadores cuán a menudo se les objetaba a los que se confesaban: ‘no es verosímil’. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 29.

⁸⁰⁰ Para Cordero o instrumento inquisitório desenvolveu um óbvio teorema: culpável ou não, o imputado detém a verdade histórica; se cometeu o fato ou não cometeu. Nos dois casos o acontecimento constitui um dado indelével, como a sua relativa memória; por mais filtrado que seja, trata-se de uma questão exequível facilmente, bastando que o inquisidor entre em sua cabeça. O juízo se transforma dessa forma, em psicoscopia. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 49.

⁸⁰¹ “La verdad a la que aspira el modelo substancialista del derecho penal es la llamada verdad sustancial o material”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 44.

⁸⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 44.

⁸⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 45.

⁸⁰⁴ “La redefinición tarskiana no se compromete sin embargo en el asunto metafísico de la existencia de una correspondencia ontológica entre las tesis de las que se predica la verdad y la realidad de la que ellas hablan, sino que se limita a dilucidar de manera unívoca y precisa el significado del término ‘verdadero’ de un enunciado. No es, en suma, una definición real, sino una definición nominal”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 49.

⁸⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 49.

emprego do termo verdadeiro. Antes, trata exclusivamente das condições de uso do termo verdadeiro, fugindo das correntes metafísicas da verdade que a concebem num sentido correlativista. A correspondência metafísica entre ser e ente, para a verdade tarskiana situa-se no plano do significado da palavra verdade, a sua coerência e a aceitabilidade justificada de seu emprego dizem respeito aos critérios da decisão sobre a verdade⁸⁰⁶.

Esta verdade processual: “es en realidad un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados”. Apesar da limitação da concepção de Ferrajoli sobre a verdade processual, reconhece que o emprego do conceito se dá sobre proposições e não diretamente sobre os fatos, o que já pode ser considerado um avanço. Assim, mediante atos probatórios realizados no presente se perquire acerca da possibilidade das assertivas a ser extraídas de fatos passados poderem ser consideradas – apenas aproximadamente – como verdadeiras⁸⁰⁷, o que faz lembrar bastante a concepção de Popper da propensão como uma hipótese qualificada.

Se por certo a verdade processual de Ferrajoli se coloca como um anteparo à verdade substancial, não escapa de uma concepção lingüística própria do Círculo de Viena. A crença na objetividade, universalidade e unidirecionalidade do sentido do significante não possibilita pensar-se em todas as probabilidades e artifícios inerentes ao sistema inquisitorial.

Como salienta Carvalho “a questão da verdade no direito processual penal, cuja finalidade não é outra senão a maximização ou a minimização dos níveis de inquisitorialidade, é nitidamente instrumental”⁸⁰⁸. Nesta ordem de idéias, Ferrajoli destaca um nível sintático do signo muito embora não possa, pelas razões próprias do fundamento de seu discurso, ingressar nos níveis semântico e pragmático⁸⁰⁹. Assim sendo, há que se dar um passo além e questionar como a verdade é encarada pelas lentes do discurso lacaniano.

Se do ponto de vista epistemológico a verdade real é improvável, inacessível (Carnelutti), como se poderia enfrentá-la a partir do jogo de significantes emaranhados no

⁸⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 66.

⁸⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 53.

⁸⁰⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 74.

⁸⁰⁹ Assim podem ser reconhecidas, respectivamente, as relações significante-significado e significado-significado. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

processo? Para Lacan, “a verdade é aquilo que se instaura a partir da cadeia significante⁸¹⁰”. Todavia, o que é o verdadeiro se não a frase, em que se não pode encontrar ponto de apoio algum a não ser em outro significante? E mais, se de acordo com Lyotard, “é da essência do desejo desejar igualmente libertar-se de si próprio, uma vez que o desejo não é suportável”⁸¹¹, tal operação seria barrada justamente no desejo de verdade? Em outras palavras, o que garante a um sistema movido pelo discurso da verdade se não a hipótese, por aproximação, de um desejo a desejar sua emancipação de suas funções de verdade?⁸¹² De acordo com Alexandre Morais da Rosa, “não há escrita espelho da realidade, pois não se pode aprisionar a realidade na dimensão da escrita por ser absolutamente incomensurável e inapreensível (Barthes). Sobra o poder e seus lugares fugidios e é preciso dar-se conta desse processo”⁸¹³. A impossibilidade de se dizer a verdade esbarra também, nos locais do vazio, da falta. A proveniência do Real é de tal ordem que pouco ou nada há para se fazer, tal como Kafka anunciara. O vazio e a falta constitutiva, como Sartre apresenta em *A Náusea* responde pelo inominável. O que não é da ordem da escrita muito embora não se possa afirmar inexistente assemelha-se ao *O Processo*, de Kafka. Aquela organização, que escapa à narrativa ou à descrição, acaba engolindo o próprio leitor que mais não pode fazer do que atonitadamente conformar-se com o destino de Joseph K. No entanto, esta verdade, assimétrica, não importa as alegações ou provas, sempre é desencadeada num momento final. Segundo Gil, “existe assimetria entre o verdadeiro e o falso; dizer o falso remete para o verdadeiro, ao passo que o verdadeiro não obriga a evocar o falso”⁸¹⁴.

Há aqui, novamente, um problema do reencontro com a inexistência de metalinguagem: “comporta sempre no seio de si mesma a emergência de uma verdade que não pode ser dita, porque o que a constitui é a fala, e seria preciso, de certo modo, dizer a própria fala, o que é, propriamente falando, o que não pode ser dito enquanto fala”⁸¹⁵. Não

⁸¹⁰ LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 235.

⁸¹¹ LYOTARD, Jean-François. *O Inumano*: considerações sobre o tempo. p. 38.

⁸¹² “Assim, dimensões distintas do conhecimento são apresentadas como categorias unas, voltadas à revelação da verdade – v.g verdade e realidade (verdade real), verdade e forma (verdade formal), verdade e processo (verdade processual), verdade e substância (verdade substancial). Não por outro motivo, em subversão à idéia de contraditório, a insistência na forma dialética do processo penal, cujo resultado, após a apresentação da tese e da antítese, seria conclusão apresentada como síntese, verdade única e integradora das demais, verdade aniquiladora das diversidades, verdade dramática”. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 50-51.

⁸¹³ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. p. 366.

⁸¹⁴ GIL, Fernando. *A Convicção*. p. 63.

⁸¹⁵ LACAN, Jacques. *O Mito Individual do Neurótico*: ou poesia e verdade na neurose. p. 12-13.

poderia haver a verdade da verdade ou a verdade real, o que equivaleria a um tratamento soberracional da verdade. De acordo com Lacan, “não há metalinguagem pois não existe nenhum objeto que possa determinar-se em si mesmo. Nomear um objeto, falar de um objeto é invocar um certo ponto de vista, o que faz com que o saber sobre a linguagem seja impossível de ser totalizado”⁸¹⁶. Como seria possível esperar um reencontro da verdade processual com aquela fática?

O registro da verdade, segundo Lacan, se encontra na fundação da intersubjetividade⁸¹⁷. Importantíssimo, para isso, a dimensão do chiste, como expõe Lacan: “sim, por que mentes para mim, dizendo-me que vais a Cracóvia, para que eu creia que estás indo a Lemberg, quando na realidade, é a Cracóvia que vais?”⁸¹⁸ Essa fenda aberta cujo rastro da escrita não permite atingir-se um local neutro impedirá tomar-se em sério a propalada verdade real⁸¹⁹. Mais do que isso, a inscrição na ordem do simbólico não imuniza e muito menos autoriza tratar significante e significado como categorias de um mesmo eixo. Essa simetriação é veiculada constantemente no modelo inquisitorial, cuja estrutura de um sujeito em diálogo constante com a Referência permite a criação de operações fundadas a partir do grau zero de linguagem. Isto é, permite, pelo amálgama entre significante e significado a sujeição das regras mais elementares da relação saussuriana a uma fissura. Explica-se.

Lacan a conceberá como uma “dimensão álibi” que opera metonimicamente⁸²⁰. No entanto, esta verdade extraída dos objetos domesticados do processo constrói-se pela colocação, primeiramente, num mesmo nível, do significante e do significado. A projeção destes níveis de forma simétrica num primeiro momento possibilitaria crer-se o significante e significado como passíveis de encaixe um no outro. A conjunção metafísica que os

⁸¹⁶ ANQUETIL, Nicole. Saussure e Lacan. In MELMAN, Charles. *O Significante, a Letra e o Objeto*. Rio de Janeiro: Companhia de Feud, 2004. p. 38.

⁸¹⁷ LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 22.

⁸¹⁸ LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 22.

⁸¹⁹ “Da mesma forma que não existem fato a ser julgados, no processo penal inexistente verdade a ser atingida, A prática processual nada mais é do que a representação cênica de inúmeras interpretações possíveis do caso penal. Não por outro motivo é possível sustentar que o papel do magistrado não é o de decidir sobre a existência de fatos, mas sim sobre a maior ou menor adequação das falas (interpretações) no caso penal apresentado”. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 178.

⁸²⁰ “A verdade só é evocada na dimensão de álibi pela qual todo “realismo” na criação retira da metonímia sua virtude, e ao fato de que o sentido só fornece seu acesso nos dois ramos da metáfora, quando se tem a chance única de ambos: o S e o s do algoritmo saussuriano não estão no mesmo plano e o homem se enganaria ao se crer situado no eixo comum a ambos, que não estão em parte alguma”. LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 521.

relacionaria como continente e conteúdo permitiria falar-se em uma essência a ser retirada do significante, o significado. Essa operação mataria, em primeiro ponto, uma das leis mais básicas da relação entre significante e significado insculpida justamente na precedência e excedência do significante sobre o significado. Também, na mesma linha de pensamento, permitirá um apossamento do sentido como um sentido dado pela natureza do significante, rompendo com sua característica de arbitrariedade. No fundo dessa operação se alicerça, posto que movimento contínuo, a deificação do retorno e consumo da origem. É preciso o apossamento do significante primeiro para entender a natureza dos demais significantes a instituir, pela sua essência, o seu significado. Como apontará Legendre, este também é o *Leitmotiv* do surgimento da burocracia patriota: o fanatismo da verdade legal universal visa a normalizar e modernizar as condutas exigidas pela indústria, a partir de um trabalho de idéias e da forclusão do reconhecimento nacionalista⁸²¹.

O sistema inquisitorial e sua pretensão de esgotamento da verdade⁸²² dá mais um passo. À essa operação no plano da relação entre significante e significado soma-se a auto-colocação do juiz num entre-lugar entre significante e significado. O julgador se coloca a meio caminho de um e outro, iniciando um marco zero. Por isso, esta autointrodução do julgador na relação significante e significado lhe permite dizer tudo, posto que não mais regido pela ordem do simbólico⁸²³. Daí outra explicação por que a ilegalidade é marca congênita e essencial do sistema inquisitorial (rejeição de toda espécie de interdito). Todavia essa colocação em meio ao significante e significado, que para Lacan não podem ser encontrados em local algum é um lançar-se na completa imersão na tentativa de composição simétrica da relação saussuriana. Resultado disso, como se verá mais adiante, é a fundação de um marco paranóide, justamente pelo rompimento essencial entre as duas ordens simbólicas, colocando-se o julgador numa função de nomoteta.

⁸²¹ LEGENDRE, Pierre. *Jour du Pouvoir: traité de la bureaucratie patriote*. 84.

⁸²² “A equação segredo-verdade remete a esse princípio cardeal do sistema inquisitorial, segundo o qual o estabelecimento da verdade é um direito absoluto e um poder exclusivo”. TULKENS, Françoise. O Procedimento Penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais *In DELMAS MARTY, Mireille. Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência européia*. p.10.

⁸²³ “Assim, a realidade com que temos a ver lembra um pouco a metáfora saussuriana sobre o problema do valor lingüístico: a imagem do reino flutuante. A matéria-prima é realmente esta: uma massa amorfa, previamente constituída, de obras antigas, inumeráveis e isoladas umas das outras, formando um texto morto, que pedem para a vida do sistema as operações do compilador que recorta e aproxima seus fragmentos. Sobre esta base toma consistência um corpus júris, um corpo do Direito ao qual vem se enxertar a glosa, e que reconhece, nos seus limites e seus desvios, uma dialética aperfeiçoada. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 73.

Ao esbarrar na dimensão mais remota – como falar do verdadeiro verdadeiramente (?) - da cadeia sónica, a ausência de metalinguagem disponibilizará o lugar do recalque originário, atrator dos demais. O sujeito da ciência será assim, a única categoria sobre a qual recairá o reencontro das ordens sobrepostas. Nem por isso garantia de sua idoneidade ou inauguração de uma nova roupagem⁸²⁴. Comoalaria Carnelutti, “o fato, em sua realidade, é tão rico, que resulta francamente indescritível”⁸²⁵. Possuir o significante⁸²⁶, domesticá-lo para não exceder o significado, retirar-lhe todas as obscuridades é mister do pensamento paranóico, nos dizeres de Melman.

Em primeiro lugar, para Lacan existirá sempre uma zona de penumbra no seio de um determinado campo de saber, imune à sua demonstrabilidade (teorema de Gödel). Um sistema dogmático erige-se a partir de determinados postulados insuscetíveis de serem demonstrados, como apontado por Legendre em suas *Lições*. Esta arbitrariedade do sistema dogmático coincide com aquela da relação entre significante e significado. Como diria Melman, “essa parte obscura é precisamente aquela que o paranóico recusa”⁸²⁷. Desta maneira, o paranóico “reclama um discurso que seria enfim purificado, perfeitamente transparente, de uma lógica que a própria lógica formal não tem o poder de realizar, consistente, e cujo sentido seria sempre acabado”⁸²⁸.

É justamente sobre este sujeito da ciência⁸²⁹ – entendido aqui o juiz em sua relação com o sistema inquisitorial – que ingressa e um mundo que lhe escapa. Aqui é que se encaixam os quadros paranóicos que emergem do sistema inquisitorial. A hipótese aqui sustentada é de que o modelo científico como a Referência para o sistema processual penal

⁸²⁴ “Essa falta do verdadeiro sobre o verdadeiro que exige todos os fracassos que a metalinguagem constitui no que ela tem de falsa aparência, é propriamente o lugar do *Urverdrängung*, do recalque originário que atrai para si todos os outros - sem contar outros efeitos da retórica, para o reconhecimento dos quais dispomos tão somente do sujeito da ciência”. LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 882.

⁸²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Como se Faz Um Processo*. p. 85.

⁸²⁶ “O significante caracteriza-se por ser uma pura diferença, vale dizer que o significante só existe porque é diferente dos outros significantes, tanto é que vocês não podem realmente delimitar numa cadeia significante o que é da ordem de uma letra”. DARMON, Marc. *Ravinamento*. In MELMAN, Charles. *O Significante, a Letra e o Objeto*. p. 65.

⁸²⁷ MELMAN, Charles. *Clinica Psicanalítica: artigos e conferências*. 2 ed. Salvador: Ágalma: Ed. UFBA, 2007. p. 140.

⁸²⁸ MELMAN, Charles. *Clinica Psicanalítica: artigos e conferências*. p. 140.

⁸²⁹ “E se é verdade que o sujeito moderno, o sujeito da ciência, vive como em exílio diante de um mundo que se tornou incompreensível e na expectativa do surgimento de um mundo verdadeiro, ele se impõe como a presentificação de uma das figuras da paranóia”. MELMAN, Charles. *Clinica Psicanalítica: artigos e conferências*. p. 142.

não apenas mantém a continuidade da emergência de um marco paranóide senão o maximiza.

A decadência do modelo patriarcal permite a sua substituição pelo primado do discurso científico. Mais especificamente, a instância do Pai, instância esta marcada pelo signo da arbitrariedade cede espaço por um discurso do saber. Como se sabe, o *lócus* do Pai se caracteriza pela arbitrariedade e não por seu saber. Esta arbitrariedade da autoridade é paulatinamente afastada por uma arbitrariedade do saber⁸³⁰, que configura exatamente a paranóia⁸³¹: “a posição paranóica é a dos profetas e messias. Eles se designam sempre como porta-vozes da *verdadeira lei*”⁸³². Enriquez aponta como características do discurso paranóico a sua dogmaticidade, que tem por objetivo desvelar a verdadeira essência dos entes, capaz de traçar uma argumentação voltada sobre si mesma⁸³³. Desta forma é que “o paranóico ama as palavras. Ele pensa que o Verbo cria o mundo. O discurso de garantia que ele pronuncia suscita no receptor ainda mais amor por este se encontrar assim seguro pela violência e ardor do fascinador”⁸³⁴. O sistema inquisitorial, na análise de Cordero, é justamente arregimentado sobre fluxos verbais, sobre palavras que caem a dilúvio. Discurso este que se dá no sentido de higienização, purificação do mundo. É o discurso daquele que porta o saber absoluto⁸³⁵, imune a questionamento⁸³⁶. A paranóia, como prenuncia Melman, trata-se de um desejo (apreensão da verdade) que está latente em cada sujeito⁸³⁷: “o

⁸³⁰ MELMAN, Charles. *Clínica Psicanalítica*: artigos e conferências. p. 143.

⁸³¹ “A paranóia nos coloca simultaneamente no socius e no imaginário (enquanto portador da vontade de onipotência). Ela não se refere unicamente a um indivíduo, mas à tentação de criação totalmente livre, à vontade de fornecer respostas definitivas, ao desejo de gerar sem ter sido gerado: logo, à tentação divina e à tentação social (quando a sociedade e seus dirigentes pretendem ocupar o lugar dos deuses). ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*: psicanálise do vínculo social. p. 19.

⁸³² ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*: psicanálise do vínculo social. p. 293.

⁸³³ ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*: psicanálise do vínculo social. p. 294.

⁸³⁴ ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*: psicanálise do vínculo social. p. 294.

⁸³⁵ Neste sentido basta analisar-se a projeção de Fenech sobre a verdade real: “Se tiende a la verdad material cuando la idea que el juzgador se forma coincide en un todo con la realidad, cuando se imagina los hechos tales como fueron y como son. Este principio de la verdad material exige no sólo que las partes no impidan el camino hacia la misma para que pueda el juzgador conseguirla y emplearla como base de la sentencia, sino que las normas que rigen el proceso estén de tal manera concebidas que pueda lograrse dentro del mismo la adquisición de la verdad”. FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. v. I. 3 ed. Barcelona-Madrid: Labor S.A, 1960. p. 77.

⁸³⁶ “A paranóia é a certeza para um sujeito de ter o saber da verdade, da verdade absoluta. E a prova é que essa verdade que o sujeito possui ela é capaz de reparar tudo o que não vai bem na sociedade, tudo o que não vai bem no casal; o que faz com que seja um saber que se apresenta também como salvador. MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?*: de Schreber a nossos dias. p. 13.

⁸³⁷ MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?*: de Schreber a nossos dias. Porto Alegre: CMC, 2008. p. 13.

paranóico funciona num sistema em que não há mais limite”⁸³⁸. Resulta fácil perceber-se a relação entre o sistema inquisitorial e a assunção de uma nova linguagem modelada pela Referência da Ciência⁸³⁹. O erro psicológico do sistema inquisitorial é justamente aquele que não conhece o “ao-menos-um”, como se o inquisidor eliminasse a sua própria subjetividade e ao mesmo tempo estivesse blindado contra o logro⁸⁴⁰.

O discurso científico funda um discurso paranóico à medida que procura afastar todo e qualquer equívoco da linguagem. Uma vez mais, consoante as lições de Melman, “o sistema paranóico, que retira o equívoco da linguagem e faz com que haja esta correspondência unívoca entre a palavra e a coisa, que responde por ‘sim’ e por ‘não’, ‘é isto’ ou ‘não é’ cumpre o ideal da Ciência”⁸⁴¹. A verdade totalizante que pode ser extraída do discurso inquisitorial funde o ideal paranóico como marco zero. “A racionalização não é outra coisa senão a perversão da razão”⁸⁴². O método cartesiano, ao estabelecer um ponto fixo⁸⁴³, que resiste a qualquer observação, conserva em seu núcleo a estrutura fundamental da paranóia, o saber absoluto. A função do inquisidor, ao preservar e absolutizar um ponto fixo (a despedida da faculdade de julgar, a demissão da subjetividade), é por excelência um atributo paranóico. A passagem do antigo modelo inquisitorial para outro de nova roupagem, embora sob o pálio de uma nova Referência (Ciência), mantém, pelo primado dos poderes instrutórios judiciais, um sistema paranóico.

Ao cabo da análise do sistema inquisitorial, resta ainda examinar-se o sistema acusatório no que diz respeito aos limites à verdade.

⁸³⁸ MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?: de Schreber a nossos dias*. p. 14.

⁸³⁹ “Mas a ciência não se ocupa de minha subjetividade, de preferência, ela procura anulá-la. Enquanto subjetividade, eu perturbo a ciência. Como se reconhece que um texto é científico? É que ele exclui toda subjetividade do seu autor, autor do texto, e também toda a subjetividade do destinatário. E estou, portanto, confrontado com o saber que como sujeito me forclui”. MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?: de Schreber a nossos dias*. p. 22.

⁸⁴⁰ “Esse lugar da exclusão também é o mesmo que Lacan individualizou como sendo o que ele chama de ao-menos-um, que tem uma definição lógica. Isso quer dizer que em todo sistema formal há ao menos um lugar que esse sistema não pode absorver, nem resolver, o que o teorema de Gödel formula de outra maneira, dizendo que em todo sistema formal há ao menos uma questão que pertence a esse sistema e ao qual o dito sistema não pode responder”. MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?: de Schreber a nossos dias*. p. 35.

⁸⁴¹ MELMAN, Charles. *Clínica Psicanalítica: artigos e conferências*. p. 168.

⁸⁴² ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. p. 20.

⁸⁴³ Ao falar de Descartes, Melman destaca que “em contrapartida, quando ele que acrescenta que aquilo que eu não posso duvidar é que, como sujeito, eu existo, ele introduz no sistema um ponto fixo que estará na origem do que é preciso chamar de o caráter paranóico, que tomou nossa subjetividade no mundo científico”. MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?: de Schreber a nossos dias*. p. 23.

A seguir, passa-se ao exame do aspecto que a tortura exerce para o sistema acusatório e seu repúdio à obtenção da verdade a qualquer preço.

1.6.5 A Tortura Como Meio de Prova: aspectos essenciais entre o modelo acusatório e o modelo inquisitorial

Na passagem deste tópico, procurar-se-á evidenciar o aspecto essencial que a tortura desempenhou para o sistema continental e para o regime adversarial inglês. Em síntese, por modelo adversarial é possível compreender-se a estrutura de processo penal erigida nos países descendentes da *common law*. De acordo com Malan, constituem elementos essenciais do processo adversarial: 1) juiz “neutro” e imparcial; 2) iniciativa instrutória das partes processuais; 3) ambiente forense altamente estruturado⁸⁴⁴. Em contraposição ao modelo adversarial se encontra o inquisitorial, atribuído aos países que seguem o modelo continental⁸⁴⁵. Uma das principais diferenças entre os modelos destacados se encontra no tratamento dispensado à prova⁸⁴⁶. Via de regra, no sistema adversarial a prova se encontrará à disposição das partes, justamente o oposto da tradição inquisitorial⁸⁴⁷. A razão deste afastamento do juiz das atividades persecutórias reside no resguardo da imparcialidade, da

⁸⁴⁴ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 18-19. Para o autor, há uma pequena divergência sobre os elementos que compoariam o sistema adversarial. De regra, “na doutrina anglo-americana, quase sempre são referidos como elementos nucleares do conceito de processo adversarial: o controle das partes sobre as atividades de investigação preliminar, apresentação de elementos probatórios em juízo e argumentação; a existência de um órgão julgador passivo e neutro que só toma conhecimento do caso no dia do julgamento, limitando-se a ouvir as versões dos fatos e proferir a sua decisão com base nelas”. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. p. 21.

⁸⁴⁵ “O conceito de processo adversarial é contraposto ao de processo penal non-adversarial (ou inquisitorial ou continental), formas pelos quais os autores anglo-americanos se referem ao processo penal da família romano-germânica. A principal característica desse modelo processual é o fato de o julgamento ser estruturado como uma investigação oficial e exaustiva”. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. p. 23.

⁸⁴⁶ “La investigación por parte de los órganos del Estado es un rasgo netamente inquisitivo que se encuentra presente tanto en los procesos encuadrables dentro del adversary system – aunque con diferente alcance en cuando a la búsqueda de la verdad – como en los demás sistemas denominados acusatorios mixtos”. ⁸⁴⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. 31.

⁸⁴⁷ “La configuración ‘adversarial’ del sistema conduce a que la preparación del proceso se encomiende a las partes, teóricamente particulares, si bien de hecho es la policía al incorporar la oficialidad, incluyendo al MF, quien ostenta además una situación de privilegio al corresponderle buscar y analizar la suficiencia de elementos que sostienen la acusación”. ARMENTA DEU, Teresa. Juicio de Acusación, Imparcialidad del Acusador y Derecho de Defensa. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 112.

*virgin mind*⁸⁴⁸ de que falam os doutrinadores que estudam o processo penal na *common law*.

Determinado setor doutrinário brasileiro se encarrega de tentar traçar as distinções entre o sistema acusatório e o sistema adversarial. Mais do que uma análise científica, o que parece sustentar tal postura é a procura por elementos capazes de justificar os poderes instrutórios dos juízes, sem, contudo, admitir-se estar tratando de um regime inquisitório. O roteiro seguido, por exemplo, por Grinover é o de separar inquisitório de *inquisitorial*, assim como o acusatório continental do *adversarial* anglo-saxão⁸⁴⁹. Assim, diante de duas espécies de processos acusatórios, o continental representaria aquele formado por uma série de princípios constitucionais, deixando entreaberta a possibilidade de atuação jurisdicional instrutória. O adversarial inglês corresponderia a uma versão liberalista e passada, como que imputando a mesma sistemática dos procedimentos germânicos pré-modernos. Reza a autora que “nada disso é garantido pelo *adversarial system*, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade”⁸⁵⁰. Não pode ser levada a sério tal consideração. Em primeiro lugar, o sistema adversarial não se confunde com a forma de resolução de conflitos germânica, de ampla disponibilidade, que aparece nos manuais tratadas como a forma acusatória por excelência. O sistema adversarial inglês é até certo ponto recente, desenvolvido somente a partir do século XVIII⁸⁵¹. Em segundo plano, atualmente não é possível cindir-se em mundos completamente apartados os sistemas processuais em acusatórios e adversariais. A globalização, a troca de informações, aquilo que os processualistas denominam de *legal transplants* impede se falar em universos jurídico-processuais completamente afastados,

⁸⁴⁸ “El juez, por tanto, no asume en primera persona la responsabilidad de identificar y aportar los elementos de prueba necesarios para dictar la sentencia: al mantenerse ajeno de la búsqueda del material probatorio y desconocer las diligencias de investigación, se consigue preservar la denominada *virgin mind* y evitar la formación de un juicio preconstituido”. ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 156.

⁸⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. p. 81.

⁸⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. p. 81.

⁸⁵¹ “La *adversarialidad*, como forma del proceso, no tiene prácticamente nada que ver con la antigua tradición acusatoria, pues se trata de un proceso radicalmente nuevo, que se desarrolló en Inglaterra a lo largo del siglo XVIII. Con el modelo *adversarial* se introdujo en la temprana Inglaterra industrial un proceso penal basado en el respeto de un conjunto de garantías – enmarcadas en el derecho al *due process* – y en reconocimiento de determinados derechos al imputado, tales como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho de las partes a interrogar a los testigos, etc”. VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. 181.

isolados⁸⁵². Pense-se a respeito das regras de exclusão referentes à prova ilícita para se perceber a volatilidade da trocas informacionais entre sistemas processuais aparentemente irreconciliáveis. De acordo com Vogler, o sistema adversarial corresponde a um conjunto de princípios básicos de três tipos: a) normas garantidoras dos direitos do acusado como o direito ao silêncio e o de ser assistido por um advogado; b) regras relativas à prova, como a presunção de inocência e aquelas referentes à carga da prova; c) o acusado é considerado como um sujeito ativo no processo e não um mero objeto⁸⁵³. Aqui a similitude com o modelo acusatório formal que conta com a investigação do magistrado é notória, revelando que a cisão teórica é meramente aparente. Finda a pequena digressão sobre o sistema adversarial, cumpre retornar ao problema proposto acerca da utilização da tortura.

A tortura diz respeito, em última instância, à busca pela verdade a qualquer custo, sem limites, como já demonstrado no tópico precedente. Demais disso, pelo exame da tortura no sistema adversarial inglês, será fácil constatar-se a interferência de limites bem definidos na procura pela verdade. Ou melhor, há aqui uma ruptura entre o modelo acusatório e o inquisitório no que diz respeito ao limite à obtenção de provas. A análise aqui desenvolvida seguirá de perto as lições de Langbein acerca da diferenciação entre os regimes probatórios.

Segundo o professor de Oxford, da Idade Média ao Antigo Regime a tortura foi um incidente dos sistemas legais de todos os Estados continentais da Europa⁸⁵⁴. Lidar com esta forma de extração de elementos de prova atingiu, no sistema inquisitorial, um grau de importância ímpar. Tanto que a confissão se tornara a prova das provas, “a rainha das provas”.

De acordo com Langbein, a lei da tortura se desenvolveu no norte da Itália, no século XIII dentro dos cânones da tradição inquisitorial romana⁸⁵⁵ e se espalhou pela

⁸⁵² “La constante interinfluencia entre los sistemas procesales penales en los países pertenecientes al ‘common law’ o al ‘civil law’ (o continental), así como las necesidades derivadas de una convergencia internacional, han ido poniendo de relieve la existencia de problemas más comunes de lo que hubiera cabido esperar en un principio”. ARMENTA DEU, Teresa. Juicio de Acusación, Imparcialidad del Acusador y Derecho de Defensa. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 111.

⁸⁵³ VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. 184.

⁸⁵⁴ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago and London: University of Chicago Press, 2006. p. 03.

⁸⁵⁵ Atestando a tradição inquisitorial do sistema romano Romagnosi afirma que se manteve o processo inquisitório que, inventado pela tirania dos Césares e recomendado pela pontifical autoridade, devém o Código

Europa mediante a recepção do direito romano⁸⁵⁶. A tese central de Langbein é de que a abolição da tortura, mais do que uma revolução política ou publicística é jurídica, com o advento de um novo regramento das leis da prova⁸⁵⁷. O Concílio de Latrão de 1215, ao abolir o sistema das ordálias, inaugura uma nova estética da prova jurídica⁸⁵⁸. Essa ruptura paradigmática estabelecerá já não um árbitro encarregado de avaliar a lisura e correição dos procedimentos para se invocar a verdade (*èpreuve*). A tortura e o surgimento da confissão inauguram um novo modelo probatório, denominado de inquérito.

Importante sinalizar que no sistema de prova inglês, a tortura jamais se estabeleceu de forma genérica⁸⁵⁹. Isso não significa que a Inglaterra não conheceu a tortura, mas que ela não se estabeleceu como uma regra de processo criminal⁸⁶⁰. De fato, sua utilização se deu nos casos de crimes de Estado: sedição, traição, atividades contrárias à religião estabelecida.

O uso de tortura mantinha uma relação estreita com a perseguição da verdade real, substancial ou material, consoante já demonstrado no tópico anterior, no exame deste elemento do regime inquisitorial. Ou seja, um julgamento que tivesse o condão de declarar a verdade pressupunha a sua obtenção a qualquer preço⁸⁶¹.

O Tribunal do Júri, instituição própria do modelo processual penal inglês não necessitava da comprovação empírica da verdade⁸⁶². Inserido num modelo propriamente agonístico, da dialética e da interação entre as partes processuais os jurados poderiam firmar sua convicção. Desta maneira, se por um lado o modelo continental depositava na confissão um peso maior do que as outras provas (provas legais), o modelo inglês desconhecia a tarifa probatória, pelo que a questão da verdade se tornava contingente. A

de todo o continente europeu. ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*. 3 ed. Venezia: Guasti, 1836. p. xii.

⁸⁵⁶ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 03.

⁸⁵⁷ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 04.

⁸⁵⁸ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 06.

⁸⁵⁹ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 73.

⁸⁶⁰ Para Langbein a tortura teve uma história curta e um papel muito menos central na Inglaterra, embora empregada. LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 73.

⁸⁶¹ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 77.

⁸⁶² Para Langbein o padrão de prova do júri tornou desnecessária a sua comprovação a fim de prover e buscar meios extensivos de prova refinados. LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*: Europe and England in the Ancien Régime. p. 138.

atuação das partes substituía o solipsismo do inquisidor. Para além, o árbitro⁸⁶³ que se erigia como mediador e regulador dos debates entre as partes processuais era responsável pela correta condução do processo. A substituição do sistema das ordálias possibilitava a reconstrução dos fatos conforme a atuação das partes. A tortura na Inglaterra, pensada a partir de um poder do monarca (poder político e não regra da prova), como forma de proteção do Estado contra delitos políticos torna fácil a conclusão de que os cânones romanos eram irrelevantes para a sua prática⁸⁶⁴, no máximo podendo-se afirmar uma pequena influência⁸⁶⁵.

Como assevera Langbein, a tortura não era utilizada para se obter provas contra a pessoa torturada mas para identificar prováveis cúmplices de uma futura sedição. Por isso não estava em jogo a garantia da proibição de auto-incriminação⁸⁶⁶. O poder de torturar nunca foi jurisdicionalizado⁸⁶⁷. Apesar da instituição da tortura para crimes de exceção (aproximando-se de uma função preventiva – prever e prevenir os futuros delitos contra o Estado), a Inglaterra se afastava do modelo continental no qual a tortura estaria amparada em um modelo de resgate da verdade histórica, o que permitiria de qualquer sorte servir como fundamento condenatório. Como assegura Langbein, as instituições da justiça criminal inglesa não eram baseadas numa *truth seeking*⁸⁶⁸. E é justamente sobre esta diferença⁸⁶⁹ essencial em relação ao modelo continental que repousam também as questões referentes às formas processuais.

⁸⁶³ Como aponta Zagrebelsky, o juiz do *trial*, na tradicional simbologia, deveria manter intacta a própria posição de árbitro destacado e imparcial, sem ver substancialmente comprometida aquela função pelo inegável incremento de certos poderes diretivos e instrutórios, os quais se delinearam na mais recente evolução. ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello Accusatorio e Deontologia dei Comportamenti Processuali nella Prospettiva Comparatistica. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*. a. xxxvi. v. 2, 1993. p. 438.

⁸⁶⁴ Para Langbein o cânone romano de padrão probatório para a convicção final foi irrelevante na prática da tortura inglesa. LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. p. 132.

⁸⁶⁵ Para Langbein o cânone romano de lei probatória não teve influência prática no uso da tortura na Inglaterra. O máximo que se pode atribuir à influência do cânone romano é que a mera existência de um sistema Continental ajudou a legitimar a prática inglesa. LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. p. 133.

⁸⁶⁶ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. p. 136.

⁸⁶⁷ LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. p. 137.

⁸⁶⁸ LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 332.

⁸⁶⁹ Em contraste com o procedimento alemão, num julgamento inglês nem o juiz nem o júri eram responsáveis pela prova sobre a qual a adjudicação repousaria. Juizes europeus têm, em contraposição, um dever de procurar a verdade. LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. p. 332.

Obviamente, um modelo que opta por restringir o alcance da busca pela verdade encontrará regras mais rigorosas no tratamento da produção da prova assim como na condução e averiguação dos requisitos de validade dos atos judiciais. A relativização das regras processuais é uma característica central do modelo inquisitorial, justamente o oposto do regime acusatório inglês. Com isso, os poderes investigatórios estão ligados ao propalado princípio da verdade real, herdado dos cânones do direito romano⁸⁷⁰. Enquanto o sistema adversarial inglês erigia-se sobre um modelo agonístico, o modelo continental erguia-se sobre a busca pela verdade a todo custo⁸⁷¹.

Não apenas formas processuais rígidas se contrapõem ao amorfismo, à ilegalidade congênita ao sistema inquisitorial. O modelo adversarial permitiu o desenvolvimento também precoce na Inglaterra, de um modelo contrário à atividade acusatória *ex officio* do magistrado. Três razões fundamentais foram opostas a esta prática desenvolvida no continente, já na Idade Média. A regra *nemo punitur sine accusatore* desconhecida das cortes eclesiásticas inglesas começou a ganhar contornos de invalidade a partir do desenvolvimento dos seguintes motivos: a) seria contrária às regras divinas, cuja demonstração ficava a cargo de alguns Evangelhos e dos ensinamentos de Jesus; b) perverteria a ordem correta da justiça, na qual o juiz não mais estaria acima dos interesses das partes. Desta forma, se afastaria dos preceitos de direito romano e do direito natural igualmente; c) violaria o direito positivo canônico que não poderia contrariar os cânones romanos⁸⁷². O que ocorre na passagem de um modelo no qual impera a regra da busca da verdade para outro que a limita se dá no sistema inglês com a reformulação do júri.

Nas palavras de Langbein, a garantia do *nemo tenetur se detegere* nem sempre ao logo da história teve um significado idêntico⁸⁷³ e teve sua acepção plena tão somente após o advento da reconstrução do processo penal, no qual foi admitido o advogado de defesa e se instituiu o modelo adversarial⁸⁷⁴. Sua origem poderia ser atribuída, uma vez que o direito

⁸⁷⁰ Para Langbein o procedimento do cânone romano usado em todos os Estados europeus estabeleceu a responsabilidade de buscar a verdade como dever da Corte e concedeu a autoridade investigativa e os recursos para assim proceder. LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. p. 338.

⁸⁷¹ LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. p. 339.

⁸⁷² HELMHOLZ, R. H. The Privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth century. In HELMHOLZ, R. H *et al.* *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and developments*. p.21-22.

⁸⁷³ HELMHOLZ, R. H. Introduction. In HELMHOLZ, R. H *et al.* *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and developments*. p. 12.

⁸⁷⁴ LANGBEIN, John H. The Privilege and Common Law Criminal Procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In HELMHOLZ, R. H. *The Privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth*

romano não possuía regra similar, a uma espécie de prerrogativa contra o religioso dever de confessar⁸⁷⁵. O modelo adversarial, como demonstrado, tem fundamentação estritamente diversa do modelo continental, principalmente pela presença de uma garantia contra a confissão extraída à força. Em outras palavras, se no direito canônico, a confissão se apresenta como um meio de liberação do espírito⁸⁷⁶, o modelo anglo-saxão pretende ser uma espécie de obstáculo à sua confirmação como regra probatória. Como expressa De Luca, a identidade conceitual entre delito e pecado pode ser expressa na fórmula de Graciano: ‘crimen est peccatum grave’. Isso demonstra a inexistência, como a doutrina trata de apontar, de uma nítida separação entre foro interno e externo, entre confissão dos pecados e confissão judiciária, entre penitência e pena⁸⁷⁷. É justamente sobre essa confusão de dimensões que se instaura o modelo inquisitorial e se coloca o inquisidor⁸⁷⁸. Como acentuado por Lacan, a evolução do sentido do castigo varia conforme a teoria da prova⁸⁷⁹, que se vai deslocando no sentido da evidência, o que de pronto remeterá novamente a elaboração da confissão (fato notório)⁸⁸⁰, que possuirá papel e dimensões diferentes do suplício. Enquanto a primeira concederia a natural tranqüilidade de uma ordem reinante, o suplício responderia pelo extermínio do princípio do Mal⁸⁸¹.

Como se sabe desde as advertências de Santo Agostinho, o processo é em si uma pena: o homem tortura para saber se deve torturar. Tais lições, retomadas infundavelmente

century. In HELMHOLZ, R. H *et al.* *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and developments.* p.108.

⁸⁷⁵ ALSCHULER, Albert W. A Peculiar Privilege in Historical Perspective. In HELMHOLZ, R. H. *The Privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth century.* In HELMHOLZ, R. H *et al.* *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and developments.* p. 185.

⁸⁷⁶ DE LUCA, Giuseppe. La Tortura nei Rapporti tra Processo e Pena. In *Rivista di Diritto Processuale.* v. iv. p. 328.

⁸⁷⁷ DE LUCA, Giuseppe. La Tortura nei Rapporti tra Processo e Pena. In *Rivista di Diritto Processuale.* v. iv. p. 328.

⁸⁷⁸ Sobre a relação entre a tortura e o *habeas corpus* no direito processual penal espanhol Cf FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Habeas Corpus y Tortura Oficializada.* Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”, El Justicia de Aragón, 2005.

⁸⁷⁹ LACAN, Jacques. *Escritos.* p. 139.

⁸⁸⁰ “Começando nas sociedades religiosas pelo ordálio ou pela prova do juramento, em que ou se designa o culpado a partir das motivações das crenças ou ele oferece seu destino ao julgamento de Deus, a formação da prova, à medida que se precisa a personalidade jurídica do indivíduo, exige cada vez mais seu compromisso com a confissão”. LACAN, Jacques. *Escritos.* p. 140.

⁸⁸¹ “Que queriam os carrascos da Inquisição? A confissão do Mal, do princípio do Mal. Era preciso fazer os acusados dizer que apenas eram culpados por acidente, pela incidência do princípio do Mal na ordem divina. Assim, a confissão restituía uma causalidade tranqüilizadora, e o suplício, a exterminação do mal pelo suplício, não era senão a coroação triunfal (nem sádica nem expiatória) do facto de ter produzido o Mal como causa”. BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulação.* Lisboa: Relógio D’Água, 1991. p. 159.

por Carnelutti⁸⁸², dão conta dessa constatação: o juízo penal, mesmo que seja conduzido da forma mais humana possível, é uma tortura⁸⁸³. Ou ainda: a tortura, pela sua própria natureza complexa e ambígua, assinala o ponto de confluência entre o processo e a pena: se pune para julgar⁸⁸⁴. Segue Carnelutti sustentando que o juízo penal é pena porque a pena é dor⁸⁸⁵. Se o erro psicológico da Inquisição foi depositar tarefas distintas em apenas um sujeito, o da tortura foi crer que se poderia falar a verdade mediante o recurso à aplicação de dor: o erro da tortura não é aquele de ofender a liberdade do inquirido mas de crer que através de dor física se recupera toda a verdade. A verdadeira ofensa à liberdade do homem é aquela de ter transformado o homem em um animalç, incapaz de retomar sua antiga forma⁸⁸⁶.

Num processo de caráter predominantemente inquisitorial como é de regra as diversas formas de processo penal contemporâneo, apesar da tortura já não ser aceite como meio de prova da verdade⁸⁸⁷, a lógica que irrompe na sustentação de um sistema arvorado na busca pela verdade não se modifica. Ao contrário de se considerar o acusado como um animal que confessa (Cordero) inflingindo-lhe dor, atualmente se lhe promete determinados prêmios. Daí a mudança para uma suave ou doce Inquisição, pautada por uma dinâmica do pentitismo, que será tema de tópico futuro.

⁸⁸² O erro, gravíssimo infelizmente, do tormento, sempre agrava a injustiça pela qual o homem é constrangido a fim de saber se deve ser punido. CARNELUTTI, Francesco. A Proposito di Tortura. *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. Padova, 1952. p. 236.

⁸⁸³ CARNELUTTI, Francesco. Pena e Processo. *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 166.

⁸⁸⁴ DE LUCA, Giuseppe. La Tortura nei Rapporti tra Processo e Pena. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. iv. p. 322.

⁸⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. Pena e Processo. *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. p. 166.

⁸⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. La Pena Dell'Ergastolo è Costituzionale? *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xi. p. 03.

⁸⁸⁷ Salvo normativas de ocasião como o Military Comission Act que caracterizou o delito e terrorismo como crime de guerra, autorizando inclusive a tortura, os países ocidentais, de uma forma uníssona tem banido esta prática. Todavia, para ficar com o cenário latino-americano, não significa a sua inexistência em um cenário de baixa efetividade dos direitos fundamentais, montado sobre uma base de extrema violência institucional como é o caso do Brasil, no qual a tortura é recorrente no âmbito da investigação preliminar.

1.6.6 A Concepção Ontológica do Delito e significantes essenciais da ordem do discurso

Como se pode constatar no deslinde da presente investigação, o sistema inquisitorial move-se por um discurso essencialmente permissivo à violência de Estado⁸⁸⁸. A sua legitimação depende da conjunção dos fatores e princípios anteriormente delineados: a) crença; b) neutralidade do inquisidor; c) verdade. Claro está, nesse ínterim, um processo de legitimação, que nas palavras de Enriquez não é uma “característica da lei, mas um processo histórico que pode ser sempre desviado por qualquer que seja o grupo”⁸⁸⁹.

Não será viável e oportuno traçar uma história da migração dos conceitos do socialmente perigoso, do criminoso, o que equivaleria à narrativa da história das correntes de pensamento criminológico, o que se encontra fora de alcance e pretensão do estudo. No entanto, da mesma forma, não se pode desconsiderar que conceitos como “periculosidade”, “culpabilidade por conduta de vida” e outros tantos descendentes da tradição romanística não tenham trazido e incorporado ao processo penal importantes efeitos. Como apontará Roxin, “durante siglos ‘la represión del socialmente peligroso’ ha ocupado un primer plano en el proceso penal”⁸⁹⁰. Com estas palavras Roxin manifesta uma advertência que parece muito importante no momento. A partir do momento em que o processo penal passa a se preocupar com determinados estereótipos, com personagens edificados sobre conceitos vinculados a uma estratégia de purificação – o discurso higienista e sanitário inerente ao positivismo⁸⁹¹ – torna-se tarefa profilática do processo penal o combate aos resíduos e indesejáveis.

⁸⁸⁸ “Weber já tinha assinalado que o Estado possuía o monopólio da violência legítima. Mas Freud vai mais longe: ele diz que não apenas o Estado monopoliza a violência, *mesmo em tempos de paz* (e nesse caso a violência continua a máscara da falsa aparência das diferentes instituições) como também o sacrifício da satisfação das pulsões, exigido pelo Estado (enquanto representante do povo), não tem contrapartida, pois ‘poucas vezes o Estado prova ser capaz de indenizá-lo (o cidadão) pelos sacrifícios que exige’. Em outras palavras, os indivíduos acreditam ser representados pelo Estado, quando na verdade são *dominados* por ele. Eles renunciam às pulsões acreditando que o Estado fará o mesmo e descobrem que o funcionamento *normal* do Estado é inverso ao convencionado. ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. p. 142.

⁸⁸⁹ ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. p. 150.

⁸⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 11.

⁸⁹¹ Destaca Salo de Carvalho que “se é possível criticar a criminologia positivista-etiológica por (a) estar demarcada pelos saberes sanitaristas psiquiátricos e psicológicos; (b) ter adquirido feição essencialmente institucional; (c) reproduzir concepção patológica do crime e do criminoso e, em decorrência, (d) operar sua demonização; parte do discurso crítico derivado do giro criminológico padecerá por (a) estar colonizado pela sociologia, (b) não ter rompido com a institucionalização do saber, visto que seu local acadêmico é igualmente institucional, (c) reproduzir igualmente perspectivas causal-deterministas – não individuais como

O pecador e herege ganha, incorporado ao discurso inquisitorial, um primeiro contorno, não apenas legitimador do poder punitivo, senão incumbido de desempenhar a legitimação simbólica que lhe é cara. Nas palavras de Hinkelammert, “a lei é a negação do pecado, que por sua parte reproduz e reforça o pecado e portanto também conduz à morte. Pecado e lei se correspondem, excluem-se e reforçam-se mutuamente, e ambos efetuam uma corrida para a morte”⁸⁹². Evidentemente, do ponto de vista do processo penal, não é difícil encontrar, dadas as condições oferecidas pelo pensamento de Hinkelammert, uma certa aura profilática e eugênica no discurso inquisitorial. O reforço simbólico se torna ainda mais inarredável por força da mística e da pretensa infalibilidade do julgado do inquisidor, imune às falhas humanas. Aquela confusão de planos detectada anteriormente escava fantasmas e lhes devolve à população com sua horrenda face ameaçadora. O que está em jogo, em último plano é a preservação da ordem cosmológica, abruptamente ameaçada pela superveniência do consórcio herético. Afinal de contas, a gravidade da heresia se encontra em algo que não pode ser menosprezado: “o pecado, pois, zomba da lei”⁸⁹³. A noção de culpa, portanto, assume justamente para o discurso penal em geral a importante tarefa de sedimentar o débito: “as mesmas palavras perdoar e absolver vêm da linguagem da dívida, para ser vinculadas com a relação do pecador com Deus”⁸⁹⁴.

A posição criticada anteriormente, cujo centramento do inquisidor o coloca numa posição de descobridor da verdade, criará os meios alucinatórios necessários para que realmente se coloque numa missão especial, numa verdadeira teodicéia: livrar a humanidade do princípio do Mal⁸⁹⁵. Esta concentração de papéis nas mãos de um único sujeito já conheceu, na filosofia e literatura libertina sadianas um poderoso antepassado. Esta capacidade de alternância e das evocações deslocadas dos papéis determinados

o modelo etiológico (microcriminologia) mas estruturais como os econômicos – e, em consequência, (d) realizar a romantização do criminoso. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 13.

⁸⁹² HINKELAMMERT, Franz. *As Armas Ideológicas da Morte*. São Paulo: Paulinas, 1983.p. 192.

⁸⁹³ HINKELAMMERT, Franz. *As Armas Ideológicas da Morte*. p. 192.

⁸⁹⁴ HINKELAMMERT, Franz. *Sacrifícios Humanos e Sociedade Ocidental: Lúcifer e a besta*. São Paulo: Paulus, 1995. p. 62-63.

⁸⁹⁵ Para Francia tanto a clínica demonológica como a doutrina lombrosiana do delinquente nato respondia às exigências sócio-culturais de defesa das primitivas ansiedades paranóicas do grupo social e constituía uma primeira etapa da reação social informal consistente, justamente, na individualização do bode expiatório e na construção de um primeiro núcleo normativo não formal: no primeiro caso a mitologia demonológica, no segundo a mitologia do delinquente nato. FRANCIA, Adolfo. La Strega, il Deviante, e le Radici Storiche del Processo Inquisitorio, Riflessioni Criminologiche. In *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 85.

contribui para a ascense de uma espiralada contração de poder. Como adverte Enriquez “a mistura total, a possibilidade alucinatória de tudo ser ao mesmo tempo, de ocupar todas as posições na ordem das gerações e dos sexos, isto é, na verdade, de negar tal ordem, eis o que Sade nos mostra”⁸⁹⁶. E é esta específica governança de um modelo de gestão dos medos (Delumeau⁸⁹⁷) que fará corpus sólido ao discurso inquisitorial como uma fossilização dos enunciados apodícticos cristalizados nos estereótipos de criminosos.

Retorna-se novamente à evidência e seu caráter alucinatório, que extrairá da confissão a ferramenta por excelência do governo daquela falsa posição centralizada, cuja realidade é a de ocupar todas as posições simultaneamente, o que admitirá uma espécie de vício insanável congênito ao discurso inquisitorial. No âmbito jurídico, o discurso inquisitorial lidou e lida nas mais das vezes com o denominado tipo penal de autor. Ferrajoli atribuirá aos tipos penais de autor uma fissura na separação entre direito e moral⁸⁹⁸. Nas lições de Goldschmidt, esta relação se resume no fato de que “a antítese direito e moral não consiste na oposição entre exterior e interior, mas entre real e pessoal”⁸⁹⁹. De acordo com Ferrajoli, o primeiro dos traços de uma epistemologia inquisitorial é uma concepção substancialista de delito (pessoal), que responde ao longo dos séculos pelas categorias do pecado, anormalidade, patologia ou ainda, periculosidade como elementos identificadores do crime e do criminoso, que se imbricam, se envolvem, configurando um conceito unívoco⁹⁰⁰.

Além da preliminar identificação do tipo penal de autor com o discurso inquisitorial, não se pode esquecer o contributo significativo que a escolástica proporcionou. Legendre a tratará como uma espécie de *mise en scène* do direito romano, o que lhe conferiria os atributos de um discurso genealógico da Lei, que se confirma pela transmissibilidade dos

⁸⁹⁶ ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado*: psicanálise do vínculo social. p. 170.

⁸⁹⁷ Cf DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo*: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18). v. I. Bauru: EDUSC, 2003.

⁸⁹⁸ “Sólo por convención jurídica, y no por inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito; y la condena de quien se ha probado que es su responsable no es un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: teoría del garantismo penal. p. 38.

⁸⁹⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 53.

⁹⁰⁰ “Se a sanção no modelo garantista é uma resposta jurídica à violação da norma (*quia prohibitum*), no modelo inquisitivo traveste-se em resposta *quia peccatum*, punindo-se o infrator não pelo resultado danoso produzido, mas por quão perigoso ou perverso é”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. p. 15.

textos e dos nomes. Assumirá, por assim dizer, as funções mais elementares do discurso inaugural⁹⁰¹.

À escolástica lhe será creditada uma função das mais louváveis: traçar os contornos do puro e do impuro: “o que suja as mãos do padre aí se acha definido pelos três temas: a mulher, o sangue, o dinheiro”⁹⁰². Nesse sentido, não tardará para se reconhecer que os cânones do direito romano, ao serem filtrados pela tradição escolástica receberão um tratamento jurídico cada vez mais ausentes de interferência, bastante explicável pelo método e pelas glosas que repousam sobre as autoridades comentadoras e sobre o regime pontifical. Assim, de acordo com Delumeau, “a ciência do pecado adquire uma dimensão nova com Santo Agostinho, que doravante vai reinar como mestre sobre essa imensa matéria”⁹⁰³. A reatualização dos cânones ganhará sua força máxima com São Tomás de Aquino, para quem então, o pecado poderá ser atribuído a alguém não mais apenas pela ação senão pela omissão. Para São Tomás de Aquino, “o pecado é certamente contrário às regras da razão”⁹⁰⁴. O pecado é algo contrário à lei eterna, seja por ação seja também por omissão. A ampliação da noção de culpa atinge, por assim dizer, o seu ápice.

Segundo Zaffaroni, o sistema inquisitorial foi laborando em sintonia com a criminologia, promovendo um modelo integrado de criminologia etiológica com direito penal⁹⁰⁵: “todo el saber integrado de los demonólogos integrado con un saber jurídico de emergencia, se cristalizó y sintetizó en una obra que se llamó *Malleus Malleficarum*”⁹⁰⁶. De emergência em emergência, o discurso penal teve por característica criar um clima propício a catástrofes, capazes de extinguir de uma vez por todas o gênero humano. A solidificação das bases de eliminação dos potenciais causadores da desordem surge, na Inquisição, com os primeiros criminólogos: os demonólogos⁹⁰⁷.

⁹⁰¹ A escolástica se transforma em uma reconstrução do direito romano, sob o título de uma genealogia legendária do discurso da Lei. Como recurso genealógico se estabelece uma descendência de nomeas – nomes de autor, nomes de texto, nomes de instituição, exatamente como o trabalho escolástico classificatório – pensa-se como o tempo ou o tempo do direito. Aí está o discurso inaugural. LEGENDRE, Pierre. *Leçons II. L'Empire de la Verité: introduction aux espaces dogmatiques industriels*. Paris: Fayard, 1989. p. 153.

⁹⁰² LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 63.

⁹⁰³ DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. I. p. 361-362.

⁹⁰⁴ DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. I. p. 362.

⁹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*. p. 28.

⁹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*. p. 29.

⁹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*. p. 28.

Nietzsche apontará uma interessante conexão que permite em última instância, estabelecer-se uma linha vermelha entre o discurso penal e o sanitarismo positivista. Nietzsche chamará a atenção para a “fisiologia do criminoso”⁹⁰⁸. Em suas próprias palavras, ao aludir à esta conexão: “la voluntad de curarlo, no menos que la de castigarlo, solamente se puede legitimar si presuponemos la convicción de que nosotros somos los normales (o “justos”) y el enfermo”⁹⁰⁹. Aqui é que Nietzsche antecipa o princípio do bem e do mal exposto e denunciado pela criminologia crítica. Há uma tênue divisão entre “eles”, os criminosos e loucos e “nós”, os “normais” e “exemplos de cidadão”. Não é preciso muito esforço para se reconhecer que este princípio manifesta-se na teoria penalística que tende a substituir a tipicidade como pressuposto da pena, com o estado perigoso ou com a temibilidade do indivíduo (defesa social). E isso confronta, segundo Zaffaroni, com a circunstância de a lei penal constituir uma prevenção real e não pessoal, que tem por escopo prevenir fatos e não homens⁹¹⁰. Bauman sintetizará perfeitamente o problema do discurso etiológico e seu aparecimento na modernidade: “o mito etiológico profundamente arraigado na consciência da nossa sociedade ocidental é a história moralmente edificante da humanidade emergindo da barbárie pressocial”⁹¹¹. Com isso, os estereótipos passam por mutações, muito embora não possam ser abandonados pelo advento da era da razão suficiente. Assim, de acordo com Roudinesco, “dar cabo da perversão. Eis portanto, na atualidade, a nova utopia das sociedades democráticas globalizadas, ditas pós-modernas: suprimir o mal, o conflito, o destino, a desmedida, em prol de um ideal de gestão tranqüila da vida orgânica”⁹¹².

Esse cenário encontra no processo penal, movido por reclamos de eficiência, um novo fenômeno que é preciso forçosamente mencionar. Trata-se do que Leone denominou de processualização da pena⁹¹³. A par do discurso etiológico e não se podendo falar em

⁹⁰⁸ “Mal começamos a refletir sobre a fisiologia do criminoso e já nos vemos ante a percepção irrefutável de que não existe diferença essencial entre os criminosos e os doentes mentais: desde que acreditemos que o modo corrente de pensar na moral é o modo de pensar da saúde espiritual”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. p. 145.

⁹⁰⁹ VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y Emancipación: ética, política, derecho*. p. 189.

⁹¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. p. 54.

⁹¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 31.

⁹¹² ROUDINESCO, Elisabeth. *A Parte Obscura de Nós Mesmos: uma história dos perversos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 164.

⁹¹³ LEONE, Giovanni. Pena e Processo, Nuove Prospettive. In *Rivista di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvi. n. 1, 1984. p. 07.

fatos mas tão somente em criminosos, não parece difícil perceber-se que o processo penal receba a gratificante tarefa de se converter em um instrumento de prevenção (geral ou especial), tirando de cena as teorias justificativas da pena, que não mais deram conta do “desencantamento do mundo”. Penas antecipadas – a prisão cautelar como sedante simbólico capaz de amortecer as críticas midiáticas – são apenas um exemplo da gestão processual eficientista. Imantado por um ideal próprio da escola da defesa social, o processo penal (e não mais a pena) devém como o romagnosiano contra-impulso⁹¹⁴. Vale a pena transcrever aqui o pensamento do autor italiano: “parece assitir-se, no fundo, do triunfo da antiga tese da escola positiva: o processo devém arma de defesa social por excelência”, o indivíduo a ser tratado e curado⁹¹⁵. Nessa sede, de acordo com o sustentado anteriormente (manutenção do modelo inquisitorial como opção política do processo penal contemporâneo), nítido o desenvolvimento expansivo de uma cultura do arrependimento: os “pentitos”.

Como obra de uma inquisição suave ou doce, a pauta do dia é trabalhar e operar-se com prêmios que surgem da confissão. Novamente, o reencontro com uma estética da confissão e de uma economia da penitência, que dormitam no seio do discurso inquisitorial vem à tona. É o próximo ponto a ser examinado.

1.6.7 Decisionismo e Cultura do Arrependimento? Delação Premiada, Colaboradores – *Confession Revival*

O que poderia explicar o fato de que em pleno século XXI, após a derrocada dos sistemas inquisitoriais (segundo muito autores) e o repúdio em relação à tortura que aparece em diversos tratados de direitos humanos se ouvisse falar e se pudesse sustentar uma defesa novamente do ritual confessional no processo penal?

Somente uma análise que escape às constatações mais ingênuas poderia escavar este bachelardiano obstáculo epistemológico sustentado pelas democracias contemporâneas. De que maneira um ordenamento jurídico de um Estado Constitucional de Direito faz vistas

⁹¹⁴ ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1956.

⁹¹⁵ LEONE, Giovanni. Pena e Processo, Nuove Prospettive. *In Rivista di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvi. n. 1, 1984. p. 04.

grossas ao problema epistemológico da confissão no processo penal? De que maneira é possível afastar-se juridicamente as cláusulas do *nemo tenetur se detegere* ou do *privilege against self-incrimination* e ainda assim falar-se de garantias constitucionais do processo penal contemporâneo? Utilizam-se aqui as expressões que dizem respeito, tanto nos regimes processuais continentais como nos anglo-saxônicos para se ter em mente que o instituto renovado da confissão atinge diretamente ambos os modelos processuais.

Se se retomar aqui os argumentos de Romagnosi quando da elaboração do Projeto do Código de Processo Penal do Reino da Itália, bem se poderá perceber certa zona de convergência para a sustentação do aparato inquisitorial em pleno século XXI. Em primeiro ponto, Romagnosi destaca o papel a ser cumprido pelo ideário de segurança: a justiça é o verdadeiro e o único fundamento da ordem pública; e na ordem pública se encontra a força e a honra e a segurança de qualquer cidadão⁹¹⁶. A punição se legitima contra todo aquele malfeitor que atente contra a segurança. Da mesma forma que no futuro Código Rocco, a pretensão, a finalidade máxima do processo penal é incumbir-se de que nenhum criminoso se livre absolvido, evitando-se, assim, a impunidade⁹¹⁷.

Romagnosi percebe a nítida relação existente entre o grau de cultura de um determinado povo com as formas processuais adotadas. E nisso, plena consciência possui do caráter político que sempre envolve a matéria processual penal⁹¹⁸. Desta maneira, preliminarmente, Romagnosi constrói uma crítica lúcida do sistema inquisitorial e dos malefícios trazidos por este regime processual: “a augusta santidade da lei foi pela primeira vez profanada por um povo culto, constringida a conhecer a vilania e horror em nome das denúncias secretas, de torturas: cidadãos ilustres foram vítimas desta invenção cruel”⁹¹⁹. Todavia, incorre consciente ou inconscientemente num grande erro: deposita na figura de Napoleão a crença na reforma do processo penal: “estava reservado ao gênio de Napoleão, o

⁹¹⁶ ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*. p. vii.

⁹¹⁷ ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*. p. viii.

⁹¹⁸ Para Romagnosi seria possível dizer assim que a maior ou menor funcionalidade do processo criminal foi, em cada tempo o termômetro da maior ou menor liberdade civil, e do maior ou menor grau de cultura e prosperidade de povo e do governo. ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*. p. ix.

⁹¹⁹ ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*. p. x.

Grande, o estabelecimento de um sistema de justiça penal”⁹²⁰. Como se sabe, Napoleão inaugurou um modelo “misto”⁹²¹ de processo penal, no qual a fase preliminar – a responsável pela colheita probatória – era regida pelos mesmos elementos da tradição inquisitorial⁹²², o que para dizer o menos, nada mudou nesta transição cultural⁹²³. Da mesma forma que se mantém uma estética da confissão no processo penal contemporâneo mediante prêmios, Romagnosi acreditou que o sistema napoleônico proporcionasse uma passagem a um novo regime processual. Ledo engano.

Segundo Ferrajoli, o decisionismo processual é a segunda característica da cultura inquisitória⁹²⁴. Consiste, em breve síntese, no primado potestativo do juízo, que por tal caráter fulmina com o modelo epistemológico do cognitivismo judicial⁹²⁵. A índole subjetivista deste modelo potestativo relaciona-se, em um primeiro momento, à concepção ontológica de delito, que permite ilações persecutórias do julgador, tudo legitimado pela cadeia sógnica que atravessa esta epistemologia. As provas e os fatos trazidos à apreciação judicial são arrebatados pelas pulsões, pela “verdade real” que pulula em seus cantões, instaurando jogos sógnicos que, por sua anemia (Barthez) sempre podem dizer o que deve ser dito pelo Um-julgador (Morais da Rosa). Ferrajoli denomina esta forma ritualística da cultura inquisitorial de *perversão inquisitiva*⁹²⁶.

⁹²⁰ ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*. p. xii.

⁹²¹ Como aponta Battaglia, o germen inquisitório destruiu toda e qualquer capacidade de os princípios acusatórios vingarem. BATTAGLIA, Achille. *Processo Alla Giustizia*. Bari: Laterza, 1954. p. 19-20.

⁹²² Cordero chama a atenção para o fato de que o sistema “misto” nada mais era do que uma inquisição mascarada em diversas passagens de sua obra. Cf CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 154. Também Cf CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 186.

⁹²³ “En un sistema en el cual quien instruye también juzga, el juicio oral – si llega a celebrarse – se convierte en una mera ratificación de lo actuado, incluso en los casos en que se respeta la apariencia de debate contradictorio”. BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. p. 22.

⁹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 42.

⁹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 43. Também Ibañez: “portanto, e é algo que singulariza a sentença penal como ato de poder do Estado, a pena tem que haver sido precedida de uma atividade de caráter cognoscitivo, de um standard de qualidade tal que permita ter como efetivamente produzido na realidade o que se afirma como tal nos fatos que se dizem provados”. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 121. Também o mesmo autor: “Consciência da qualidade do próprio poder e da necessidade da autolimitação como garantia que deve presidir seu uso; ambas condições necessárias de um exercício informado e responsável da jurisdição. Isto, obviamente, no marco do conjunto de garantias orgânicas e processuais, a respeito das que essa *garantia cultural*”. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. p. 213.

⁹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 43.

A epistemologia inquisitorial tem o condão de fazer cessar a “verdade processual”, que por opacidade ou obscuridade dos significantes, permite ao magistrado ingressar num círculo mágico e que, como protagonista do cenário, encarna o detentor de poderes (quase) ilimitados⁹²⁷. A estética da confissão acresce ao modelo processual inquisitorial (inclusive o contemporâneo) como um amálgama que permite a fácil interação entre o sanitarismo e o herético. Confissão e reeducação se encontram assim, em uma zona cinzenta, que não é bem delimitável quanto a seus contornos⁹²⁸. Como observa Lacan, a confissão buscada pelo processo penal dialoga com a questão da reinserção do confidente na comunidade. Esta respectiva influência desencadeia um primado da confissão, principalmente quando se tem em vistas o fenômeno de processualização da pena anteriormente tratado. Nas palavras de Delumeau, “a obrigação da confissão decidida pelo IV Concílio de Latrão (1215) provoca uma enorme ampliação do poder e do território do confessor, transformado agora em especialista de casos de consciência”⁹²⁹.

A história cultural do medo no Ocidente, lastreada na estética da confissão e na economia penitencial⁹³⁰, inaugura uma etapa importante para o Ocidente. Tomada na expressão de Foucault⁹³¹, o “cuidado de si” pensa-se como um dispositivo. Guardadas as respectivas diferenças, de certa forma coaduna-se àquilo que Delumeau convencionou denominar de “o medo de si mesmo”⁹³². A confissão foi assim, como atesta Foucault, o motor propulsor de uma ciência da sexualidade, dispositivo de poder que concentra, nas mãos do poder episcopal, um saber que atravessa de diferentes formas o corpo dos súditos.

⁹²⁷ “O segundo elemento da epistemologia inquisitiva é o decisionismo processual, tanto no que diz respeito ao juízo quanto à execução da pena. O juízo inquisitorial abdica da cognição e, como efeito da falta de critérios objetivos, subjetiva a decisão e a aplicação/execução da pena desde uma perspectiva potestativa”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. p. 16.

⁹²⁸ “Acresce que, se o recurso à confissão do sujeito, que é uma das chaves da verdade criminológica, e a reintegração na comunidade social, que é uma das finalidades de sua aplicação, parecem encontrar uma forma privilegiada no diálogo analítico, isso se dá, antes de mais nada, porque, podendo ser levado às significações mais radicais, esse diálogo aproxima-se do universal que está incluído na linguagem e que, longe de podermos eliminá-lo da antropologia, constitui seu fundamento e seu fim, pois a psicanálise é apenas uma extensão técnica que explora no indivíduo o alcance da dialética que escande as produções de nossa sociedade e onde a máxima pauliniana recupera sua verdade absoluta”. LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 130.

⁹²⁹ DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. I. p. 399.

⁹³⁰ Até mesmo Carnelutti acaba incidindo na noção de redenção aplicada à pena: “se a pena, pois, não pode ser um mal, teremos de considerá-la um bem? Sem dúvida, visto que a dor é o meio da redenção. A via por onde a pena vem a ser um bem é o *arrepentimento*. A função repressiva da pena resolve-se, pois, na penitência”. CARNELUTTI, Francesco. *Como Nasce o Direito*. 3 ed. Campinas: Russel, 2006. p. 29.

⁹³¹ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. v.I.: a vontade de saber. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁹³² DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. I. p. 09.

No entanto, para que a confissão tornasse possível a sua utilização como meio probatório e, para além, para que a verdade substancial fosse retirada de onde quer que se encontrasse, era preciso as riquezas de detalhes. A fim de se garantir também a culpabilização dos demais comparsas, o que é um dado um tanto quanto óbvio⁹³³. Novamente, de acordo com Delumeau, “a obsessão de uma confissão ‘exata’ é certamente uma das causas que levaram a Igreja Romana à utilização de uma pastoral do medo. Era absolutamente necessário fazer os fiéis compreenderem a gravidade dos silêncios e as meias-confissões de que se tornavam culpados no ‘tribunal da penitência’”⁹³⁴.

Daí por que o acerto da tese de Langbein, quando o historiador inglês identifica no *privilege against self-incrimination* a semente de uma exceção ao dever confessional trazido principalmente pelo Concílio de Latrão de 1215. De acordo com Legendre, a confissão, que poderia ter uma base encontrada já no Decreto de Graciano, tem uma tarefa muito similar àquela designada por Foucault de uma administração invisível⁹³⁵. A pastoral do medo é o motor de uma sociedade panóptica. Como acentuará Legendre, “O canonista inventor da confissão, eis o feiticeiro do Ocidente”⁹³⁶.

Como regra de funcionamento do processo penal inquisitorial, parece indubitável, à esta altura, ressaltar-se o valor da confissão para o funcionamento elementar deste modelo cultural. Como aponta Cordero a autoincriminação é o êxito inquisitorial perfeito⁹³⁷. Como uma espécie de prática direcionada a fluxos verbais a inquisição encontra na confissão uma série de conveniências que permite a esta se radicar em seu núcleo. Chega até mesmo ser impossível concluir-se pelo funcionamento do sistema inquisitorial ausente a confissão⁹³⁸.

⁹³³ Para Legendre a descorporização ritual típica do Ocidente romano-cristão produziu a casuística penitencial, que testemunha a florescência de manuais para uso dos confessores (*Summae Confessorum*) e o desenvolvimento mais tardio, a partir do Concílio de Trento e da escolástica espanhola (XVI), dos tratados de teologia moral em uso ao fim do século XX nos países católicos. LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo: lineamenti di un' Antropologia Dogmatica*. p. 117.

⁹³⁴ DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. II. p. 273.

⁹³⁵ LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l'Etat et du Droit*. p. 162.

⁹³⁶ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 109.

⁹³⁷ CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 32.

⁹³⁸ Para Cordero a inquisição é uma prática psico-compulsiva direta consistente em fluxos verbais autoincriminantes. Trata-se de uma tarefa complexa na qual nenhum indivíduo normal parece inclinado a praticar: o próprio shock da tortura é de vez em quando absorvido. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 256.

Desta maneira, conclui-se juntamente com Delumeau que: “o confessor tornou-se um personagem insubstituível”⁹³⁹.

Legendre diagnosticará a existência de uma “cartografia da penitência”⁹⁴⁰, o que ocorrerá pelo reconhecimento de uma Lei por sua repetição do discurso textualmente vinculado à Escola e uma articulação simbólica na qual se insere a Palavra de amor⁹⁴¹. Evidentemente, a confissão ao guardar uma íntima relação com o Poder, inscreve este mesmo poder no registro do amor, o qual será lido como uma função de adestramento e também como a possibilidade de fazer amar o Poder. O pensador francês chamará a atenção para uma economia da confissão⁹⁴². Aqui, preferimos chamar de estética da confissão, por se dar num âmbito diferenciado do que o econômico, muito embora se possa falar de uma economia penitencial, aquilo que viria após o dever confessional. Não obstante essa pequena diferença terminológica, essa estética da confissão se configurará como um limite, uma categoria fundada a partir da repressão do gozo⁹⁴³. Este funcionamento simbólico não se esgota na tarefa podadora, na proibição do gozo. Trata-se, também, de desenvolver, com suas possibilidades máximas, o espírito de submissão. “A confissão e sua estrita casuística continuam sendo o meio mais apropriado de exploração cultural do sentimento de culpa, pois aí tocamos nos mais íntimos artificios do adestramento”⁹⁴⁴. O adestramento e a captura pelo Poder no fazer-se amar têm por fito a submissão. Mais do que lavrá-la na condição de ente apaziguador do desejo, a confissão submeterá o confidente à Palavra. Desta maneira, sintetiza Legendre que esta função do adestramento “consiste essencialmente em recuperar a ansiedade, em dosá-la, em fazê-la enunciar pelo penitente segundo o código conveniente, para obter deste a submissão mediante a Palavra tranquilizadora”⁹⁴⁵.

⁹³⁹ DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. I. p. 13.

⁹⁴⁰ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 130.

⁹⁴¹ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 130.

⁹⁴² “A economia da confissão, de que vamos tratar, não é nada mais que um jogo, um fingimento, um processo simbólico em que a falta essencial, aquela que ligará cada sujeito ao esquema magistral que serve de modelo à sociedade dos cristãos (esta famosa *societas christianorum*) e funda realmente a crença no Poder, se coloca em um discurso pré-fabricado, o discurso da Escola, que precisamente não é o do sujeito. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 131.

⁹⁴³ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 133.

⁹⁴⁴ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 136.

⁹⁴⁵ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 139.

Fundada sob um discurso delirante de auto-acusação⁹⁴⁶, a elaboração intelectual própria da estética da confissão aguarda o seu credenciamento como um ato de subserviência, de submissão, de amor ao Poder. Não é à toa, como aponta Legendre, que o percurso do direito penitencial⁹⁴⁷ é outro nome dado ao que ao sujeito contemporâneo surge como tradição. Há, portanto, como acentuado por Cordero, uma precisão estética da confissão⁹⁴⁸, que não se pode dar ao luxo de operar com significantes que não remontem, naquilo que há de mais notável, à instituição da Referência. Outras vez mais Cordero, para quem “da confissão, que os inquisidores elaboram com fria atenção analítica, emergem imagens cristalinas”⁹⁴⁹. A imagem e o emblema fundam o registro de transmissibilidade da cadeia levada adiante pela tradição romanística. A confissão e o *savoir-faire* da estética da confissão⁹⁵⁰ permitem o seu constante e gradual desenvolvimento, no cultivo do adestramento para o amar o Poder.

O confessor determina ao penitente uma pena, configurada de antemão pela Lei ou geralmente, fixada de forma arbitrária. O confessor, encarregado de levar a cabo sua missão que consiste em punir o delinqüente-pecador, se encarrega de substituir o Pai onipotente, mediante uma associação bastante simples. Pune, pois apenas ele detém a verdade do desejo e a gravidade da falta⁹⁵¹.

⁹⁴⁶ “O jogo da confissão, que procede do registro mais trágico, a saber, o da rivalidade com um onipotente e a falta sexual, vem permitir ao sistema social enunciar suas regras, que partem desse ponto nodal. Cada vez mais o grande medo comunica seus efeitos, e a crença no Poder se apregoa através dos capítulos mais diversos que açambarcam mecanicamente todas as questões, absolutamente todas. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 141.

⁹⁴⁷ “Seria fácil percorrer todo o discurso do Direito penitencial, levando em conta este dado fundamental: ver-se-ia partir daí como se organizou, na cultura ocidental, o que para nós constitui tradição: a comunicação da censura, a forma proprietária das trocas, depois essa economia da perseguição pelo dinheiro, enfim, tantos outros compostos no ativo da Moral cristã”. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 141.

⁹⁴⁸ Segundo Cordero trabalha com altíssima precisão o aparato inquisitorial: nele convergem história bíblica, física, repertório judicial, tudo acumulado em larga escala, sendo que cada possível dúvida se encontra na categoria cultural predominante. CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 431.

⁹⁴⁹ CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 430.

⁹⁵⁰ “O mais-gozo, cuja subtração foi operada pela doutrina sobre o pecado detestável, recitada liturgicamente, operou a subtração e o aumento da angústia ligado à acusação do culpado. Após ter trabalhado o sujeito para fazê-lo ceder sobre o seu desejo, a Lei lhe socorre com a promessa de apagar a falta. É nesse tempo segundo da confissão, na passagem que consagra o perdão, que a lógica traz a virtude de um desenlace. O ritual impõe ao processo seu termo, sempre o mesmo. Após haver se acusado diante de seu juiz que o interroga como exige a Escola, nas formas precisas e estritamente definidas, o penitente deve ser lavado de sua falta. Contra uma Palavra de amor, ele consegue ser liberado de seu Mal”. LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 142.

⁹⁵¹ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. p. 144.

Esta relação de regra, é permeada por uma espécie de narcisismo, identificado e recuperado pelo Outro, pelo *lugar-tenente-do-Pai*, revestido de mais um traço megalomaniaco que se conjuga através da onipotência do pensamento e a força mágica das palavras, que remonta o famoso estudo de Freud sobre tabu⁹⁵². Nas palavras de Legendre, “que o Poder ali se enuncie sob uma forma dogmática não muda coisa alguma: trata-se justamente de obter um resultado tão geral e absoluto, tão eficaz quanto possível, o amor do Poder, única condição da submissão que consente”⁹⁵³. A dessimbolização atingirá seu apogeu exatamente quando subvertida a imagem da Referência. A modernidade que depõe Deus em seu lugar entronando a ciência promove uma degeneração no sistema simbólico que se acabou de delinear, seguindo de perto as *Leçons* de Legendre: “comunicar a crença pelo viés de uma crença na ciência é autenticamente o acaba-tudo”⁹⁵⁴.

A fim de tentar responder às questões postas no início do presente tópico, percebe-se cristalinamente a aproximação do modelo confessional do Poder (adestramento). Também, a fim de encontrar uma resposta mais aproximada em termos de dogmática processual penal, a tortura ao ser abandonada deixa as portas abertas para que sejam incorporados elementos que possibilitem tornar mais eficiente a economia penitencial.

Logicamente, eficiência e economia dialogam muito bem. A processualização da pena, que corresponde à assunção de funções promocionais do processo penal, requer um cuidado extremo com aquela estética da confissão, atualmente reelaborada. Surge diante disso “novas formas de justiça criminal”, ao operar com indicadores de maximização da resposta penal em menor tempo possível⁹⁵⁵. A delação premiada, a denominada justiça consensual (Juizados Especiais Criminais no Brasil) ingressam rumo a uma redução dos

⁹⁵² LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 145.

⁹⁵³ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 145.

⁹⁵⁴ LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. p. 145.

⁹⁵⁵ Substitui-se o modelo do *due process* por outro, o paradigma do *crime control*: “o *due process model* (modelo de procedimento regular), por sua vez, funda-se na noção de confronto entre o indivíduo e o Estado, cujos interesses são irreconciliáveis. O procedimento penal torna-se uma corrida de obstáculos. Cada etapa do processo penal tem por objetivo reunir e apresentar obstáculos para o prosseguimento do procedimento. A ideologia do *due process* é marcada pela estrutura formal do direito. Uma pessoa só pode ser declarada culpada se os fatos forem apurados no final de um procedimento regular, conduzido por um tribunal competente. Nesse modelo, a presunção de inocência tem um papel decisivo. A possibilidade de inocência legal que distingue os dois modelos, se traduz claramente pelas famosas regras de exclusão da prova (*exclusionary rule*) que impõe que os Estados excluam dos debates as provas obtidas ilegalmente por buscas sem mandado, interrogatórios sob coerção ou detenções ilegais. Em última instância, o modelo do *due process* exprime um certo ceticismo no que tange à utilidade moral e operacional do direito penal”. TULKENS, Françoise. O Procedimento Penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais *In* DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem*: rumo à consciência europeia. p. 11-12.

limites à verdade como também franqueia uma menor filtragem nos mecanismos probatórios. Assim é que interessados delatam co-réus na qualidade de testemunhas, há a possibilidade de renunciar ao devido processo legal em nome de uma pena expedita e *light*. Instala-se uma cultura do arrependimento⁹⁵⁶, do pentitismo. Como assinalaria Onfray “a lei convida à delação⁹⁵⁷”. O terror que brota da angústia⁹⁵⁸ torna o delator, antigo e mero confitente, um amigo da Lei, que lhe toca com sua face terna: “configurano situazioni mercantili le norme sui cosidetti ‘pentiti’, sotto altri aspetti legate a una ‘filosofia’ regressivamente inquisitoriale: quest’anomalo bargain stato-imputati immete effetti dirompenti nel sistema”⁹⁵⁹.

Desta maneira, o sistema inquisitorial contemporâneo deixa de lado a inflicção de dor para se ocupar em arrecadar prêmios pela colaboração. Construindo uma cultura do arrependimento, a *soft inquisition* mantém a mesma dependência dos fluxos verbais daquela clássica. O campo do jogo, movido pela estética da confissão e pela economia penitencial, permanece inalterado.

Assim sendo, fecha-se o presente tópico e capítulo, cabendo ao próximo apontar a atual teoria das nulidades.

⁹⁵⁶ De acordo com Moccia, o arrependido remete a uma raiz inquisitória-penitencial, que privilegia a confissão-redenção com a ajuda de delações, no centro de um processo tendencialmente de defesa social ao contrário do acerto da responsabilidade penal. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. p. 190.

⁹⁵⁷ ONFRAY, Michel. *Tratado de Ateologia: física da metafísica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 125.

⁹⁵⁸ “Ora, se da proibição fez-se surgir o desejo, será necessário que a expressão do castigo faça surgir uma idéia de terror. Eis, contudo, onde está o erro. O pavor pode derivar apenas da angústia, visto que aquilo que foi dito a Adão não o entendeu e a situação coloca-nos outra vez diante da ambigüidade da angústia”. KIERKEGAARD, Soren. *O Conceito de Angústia*. p. 54.

⁹⁵⁹ “Configuram situações mercantis as normas sobre os referidos “arrependidos”, sob outros aspectos herdados de uma filosofia regressivamente inquisitorial: este anômalo *bargain* entre Estado e imputado provoca efeitos disruptivos no sistema (tradução nossa)”. CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. p. 136.

CAPÍTULO II – INTRODUÇÃO AO ESTUDO DAS FORMAS PROCESSUAIS: PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DE UMA TEORIA GERAL DAS NULIDADES

O presente capítulo tem por objetivo apresentar as bases epistemológicas sobre as quais repousa a contemporânea teoria das nulidades. A partir de então a investigação se dedicará em apresentar os princípios elementares da teoria do ato processual penal defeituoso, para então ingressar no terreno da renovação conceitual, empreitada que se posterga para o capítulo subsequente, que é o derradeiro no presente estudo.

Além da teoria das nulidades importante frisar que será tratado o tema das provas ilícitas, dada a sua contigüidade ao tema dito principal. Assim, traçando os contornos elementares da teoria do ato processual penal defeituoso bem como dos seus princípios informadores, restará a tentativa de se recompor o cenário a partir de uma nova fundação principiológica. Para tanto é preciso escavar os pontos de apoio desta teoria. É a tarefa a ser executada neste momento.

2.1 É Possível Falar-se Contemporaneamente em Uma Teoria Geral das Nulidades dos Atos Processuais?

Até o presente momento, procurou-se apresentar, de uma maneira geral a ligação do processo penal às formas jurídicas. A dificuldade em se encontrar uma literatura crítica sobre esta temática é desveladora de uma posição na qual a teoria das nulidades é posta como que numa espécie de pedestal, consistindo em escandaloso sacrilégio, para falar com Agamben, profaná-la. A ausência de diretivas críticas e que procurem inserir o papel da forma no âmbito da instrumentalidade constitucional do processo penal é da ordem do dia. Nas palavras de Binder, “por isso, começar a pôr em dúvida muitos de seus dogmas e “falsas verdades” é um dos modos de desmontar o exercício do poder através do trâmite, para resgatar o poder verdadeiramente jurisdicional “¹.

¹ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.* p. 77.

Como apontará Arocena, exista um “*fundamento constitucional* de las nulidades procesales, que se erigen en principio básico que justifica jurídicamente la invalidación de la actividad procesal defectuosa y que halla su razón”². Esta também é a postura de Pessoa, para quem as nulidades possuem um duplo fundamento de ordem constitucional: a) garantir a efetiva vigência do princípio do devido processo legal; b) garantir a efetiva vigência da regra de defesa principalmente do imputado³.

No capítulo anterior procurou-se articular a representação dos modelos processuais à luz do próprio pensamento moderno, a fim de permitir algumas considerações que concluíram pela ilegalidade congênita do modelo inquisitorial. A sua relação com o presente capítulo é patente: a atual teoria das nulidades a ser delineada aqui exerce atividade sob inúmeros prismas subserviente ao regime inquisitorial. O contemporâneo rechaço à forma processual, o abandono intelectual que lhe é devido torna não apenas legítima a crítica do tratamento doutrinário da matéria de nulidades senão até mesmo indispensável um posicionamento que recupere sua função primordial de garantia.

Pode-se assim sintetizar que se por um lado, até o presente momento não fora abordada a teoria da irregularidade dos atos judiciais de uma maneira direta, a tarefa, que daqui para diante será executada não possuiria vínculo ou fundamento algum não fosse a exposição, horizontalizada (e muitas vezes alargada) de questões que se colocam também, embora de maneira indireta, como problemas relativos à forma processual. Assim sendo, parece curial, antes de avançar na teoria das nulidades, justificar o papel da forma, dos sistemas processuais e apresentá-los como temas convergentes em relação à irregularidade do ato processual. Hipoteticamente, talvez por esta ausência de reflexão sobre temas contíguos a literatura especializada na matéria, no Brasil, não passe de mera reprodutora de um *status quo*, passando incólume e indene ao longo de vários anos e inclusive após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Realizadas estas advertências preliminares, há que se voltar sobre o objeto imediato. O tema das nulidades no processo penal é mais um daqueles campos sob os quais literatura jurídica e jurisprudência se retroalimentam num curto-circuito vicioso. Aliás, seria inclusive denunciável, nessa temática, uma gradual e progressiva emergência do primado

² AROCENA, Gustavo A. *La Nulidad en el Proceso Penal*. 3 ed. Córdoba: Mediterránea, 2007.p. 45.

³ PESSOA, Nelson R. *La Nulidad en el Proceso Penal*. 2 ed. Buenos Aires: Mave, 1999. p. 40.

jurisprudencial em matéria de nulidades, uma vez que a doutrina, em sua grande maioria, acaba justificando e tratando as nulidades a partir das decisões dos tribunais. Trata-se de um perigoso avanço numa espécie de “realismo jurídico tardio” (Streck), posto que não apenas a ausência de critérios nas respectivas decisões é uma marca indelével. Mas também o casuísmo, o decisionismo e principalmente, os verbetes e o recurso à categoria do prejuízo consistem nas vigas mestras de um sistema caótico e não auto-organizativo (Prigogine). Assim, como preconiza Oliveira, “a jurisprudência da Suprema Corte, que, aliás, em tema de nulidades, precisa atualizar antigas compreensões”⁴ é uma constatação que vale para todas as instâncias judiciais no Brasil.

Sob um primeiro ponto de vista, seria possível estatuir-se uma teoria dos atos nulos que permitisse estabelecerem-se critérios para os mais diversos ramos do direito? A orientação de alguns doutrinadores procurará, a partir da teoria dos atos jurídicos elaborar uma metateoria capaz de abranger todos os campos do direito⁵. Assim, os elementos volitivos responsáveis pela análise dos vícios dos negócios jurídicos determinarão o padrão a ser obedecido. A natureza da nulidade como vício do negócio jurídico permitirá, então, acoplar-se, ao processo penal, a nulidade como uma manifestação defeituosa dos sujeitos processuais⁶. Os atos processuais equivaleriam a negócios jurídicos entabulados entre as partes, cuja análise, do ponto de vista da validade, necessitaria da plena volição do agente⁷. Assim, por exemplo, o erro como manifestação defeituosa da vontade de um dos contratantes inquinaria o negócio jurídico de uma nódoa capaz de anulá-lo, de lhe retirar os efeitos. Evidentemente, seria possível aplicar ao processo penal semelhante lógica? Por enquanto, não iremos mais adiante, já que voltaremos sobre o assunto quando da análise da natureza jurídica da nulidade, em específico no que diz respeito à nulidade como vício do negócio jurídico. Desta maneira, há uma manifestação da teoria das nulidades que apresenta

⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 542.

⁵ Por exemplo Maier: “La teoría de la nulidad procesal no es más que una especie, para el ámbito propio de la disciplina, de la teoría de la nulidad del Derecho común”. MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. p. 180.

⁶ “Do Direito Processual Civil, por sua vez, o negócio penetrou no Direito Processual Penal, onde sua vegetação é igualmente florida, mas ainda, em boa parte, inexplorada”. CARNELUTTI, Francesco. *Lições Sobre o Processo Penal*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2004. p. 166.

⁷ Por exemplo Vescoví: “La mayor parte de los criterios de la llamada teoría de las nulidades del derecho civil (que debe ser, en su mayoría, de la teoría general) son aplicables a nuestra ciencia, la que, no obstante, tiene algunos principios propios que debemos mencionar y que se derivan de su función y estructura específicos”. VESCOVÍ, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 258.

um caráter unificador, “aplicando-se indistintivamente ao direito processual penal, civil, administrativo e laboral”⁸.

Para além, a simples refutação de um modelo integrado de nulidade dos atos jurídicos não garante ao processo penal uma autonomia no tratamento da matéria. Somando-se à anterior análise surge outra vertente que traça uma dicotomia entre as nulidades de direito material e as nulidades de direito processual. O problema a ser enfrentado aqui, não é mais aquele de ter de lidar com o problema da manifestação de vontade, mas de abraçar conceitos unívocos ao processo civil e penal. De fato, como sustentar que processo civil e penal, a não ser para os defensores de uma teoria geral do processo desgastada e falsamente plantada no seio principalmente da academia, estaria apta a responder a problemas tão diversos e com a mesma eficácia? Evidentemente, apenas para ficar com um critério diferenciador, os interesses em jogo nos dois campos processuais são incomensuravelmente distintos. Hélie já advertia que estas formalidades são destinadas a proteger os direitos dos cidadãos, a fim de preservá-los de todo ato arbitrário, de todo excesso de poder⁹. A forma no processo penal requer maior atenção, posto que o controle no processo de realização dos atos é manifestação direta das garantias fundamentais estabelecidas na Carta Magna. Como já sustentado, o sistema acusatório, com a sua rigidez das formas não pode pactuar com uma gradativa desformalização, a exemplo do que ocorre no processo civil¹⁰. No entanto, ao se buscar na doutrina a necessária distinção principiológica entre os dois ramos de saber, paradoxalmente os princípios em um e outro são absolutamente semelhantes, guardadas pequenas diferenças já de caráter legislativo. Para se ter noção desta situação, basta examinar obras de processo civil e penal para que em matéria de nulidades os princípios que organizam a matéria sejam semelhantes.

A instrumentalidade constitucional do processo penal, como destacado no capítulo anterior, traça uma ruptura incontornável entre processo civil e penal, uma vez que não se poderá falar em uma teoria unitária das nulidades com pretensão de validade em ambos os

⁸ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 57.

⁹ HÉLIE, Faustin. *Traité de la Instruction Criminelle I: histoire et théorie de la procédure criminelle*. Paris: Charles Higray, 1845. p. 09.

¹⁰ “Es una constante en la evolución del derecho procesal, en los últimos tiempos, no el apartamiento de las formas, pero sí su reducción en aras del finalismo que se proclama como esencial, también, en esta rama del derecho. Y el aumento de los poderes del juzgador, otra tendencia indiscutible, es una de las consecuencias y a la vez determina esa reducción de las formas a las indispensables para garantizar los derechos en juicio”. VESCOVÍ, Enrique. *Teoría General del Proceso*. p. 257-258.

setores processuais. Não se pode olvidar que a teoria das nulidades e a forma do ato processual penal possuem uma tarefa que significa o “controle de regularidade de todo o processo penal”¹¹. Daí por que os vínculos, os princípios, finalidades e funções da forma processual penal não dialogam e nem poderiam se resumir a um modelo integrado. Não se pode creditar ao processo penal as mesmas finalidades do processo civil. A forma processual preserva interesses absolutamente distintos. É preciso salientar que em nenhum outro instituto podem ser verificados os reflexos políticos sobre o processo penal como a temática das nulidades¹².

A teoria do ato processual penal defeituoso diz respeito não a um modelo cujo escopo primordial seria o ressuscitar de uma concepção solene e formal dos atos processuais, nem tampouco um retorno a um procedimento formular. Todavia, não se pode submeter o processo penal às intensas e inúmeras flexibilizações, mitigações e demais formas de um processo (civil) acentuadamente maleável¹³. Assim, o redimensionamento das formas processuais penais tem sua razão de ser no sentido de: a) permitir a compreensão da instrumentalidade constitucional do processo penal; b) romper com a lógica privatística da teoria das nulidades, imantada por princípios canalizadores de uma concepção dos requisitos de validade do ato como meras sugestões normativas; c) relacionar a teoria das nulidades às garantias constitucionais; d) denunciar a atual teoria das nulidades como prenhe de categorias que permitem o fluxo de uma ilegalidade congênita (sistema inquisitorial); e) reencontrar a forma processual no âmbito de um sistema acusatório, caracterizado, sobretudo pela rigidez dos requisitos de validade dos atos processuais. Como aponta Payá, “estudiar nulidades es quizás el símbolo de la manera en que actúa el derecho procesal”¹⁴. Flexibilização das formas significa, ao mesmo passo,

¹¹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 96.

¹² GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 210.

¹³ “No processo penal condenatório, a supressão das nulidades absolutas representa extremo perigo. Atos existem em que a forma constitui seu elemento essencial (*forma dat esse rei*), em virtude, sobretudo, do caráter excepcional que o ato representa como elemento de coação contra a pessoa do réu ou indiciado”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 399-400.

¹⁴ PAYÁ, Fernando Horacio. *Fundamento y Trascendencia de las Nulidades Procesales: la visión de David Lascano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984. p. 53.

relativização¹⁵ das garantias fundamentais¹⁶. Sua rigidez, pelo contrário, quer dizer preservação dos direitos fundamentais citados. Como denuncia Conde Correia, “nalguns sistemas ainda hoje é praticamente desconhecida a figura das nulidades do acto processual penal”¹⁷. Esta constatação do processualista lusitano permite sustentar-se a conclusão levantada no capítulo anterior acerca do primado do modelo inquisitorial na contemporaneidade. Um sistema de flexibilidade das formas ou até mesmo, em um nível mais radicalizado, o de sua inexistência confirma a relação entre ilegalidade e inquisitorialidade. Um sistema processual sem freios ao poder traz a representação do processo como mera exteriorização de um poder punitivo despido de limites. Traz à tona um modelo no qual as formas processuais não desempenhariam função alguma, o que seria um retrocesso ou o que é mais grave, a manutenção do modelo inquisitorial¹⁸.

Demais disso, o problema das nulidades também atinge a esfera do direito supranacional, de modo que muitas das disposições processuais penais contidas em tratados internacionais não encontram, em sede nacional, inserção no âmbito da teoria das nulidades. Como exemplo disso basta verificar-se, no Brasil, as garantias fundamentais da razoável duração do processo e da proibição de processamento do réu citado por edital¹⁹ expressas no Pacto da Costa Rica e o seu completo abandono pela teoria das nulidades, que se poderia afirmar como um setor de ampla prevalência dos dispositivos do Código de Processo Penal em detrimento das diretrizes constitucionais e supranacionais. O problema não se localiza apenas na América Latina. Como detectara Conso e isso datado de certo

¹⁵ “Foram as nulidades absolutas abolidas e substancialmente, para tornar o processo mais rápido, evitar anulações tardias, eliminar as fraudes processuais”. FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932. 128.

¹⁶ “As formas são garantias das partes: porém não servem a este escopo se não são fixadas rigidamente e com préestabelecida eficácia de efeitos jurídicos”. FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 125.

¹⁷ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 55.

¹⁸ “A filosofia da deformalização dos procedimentos, antes de ser uma rebelião ao formalismo exagerado e imotivado, em busca dessa maior fluidez e flexibilidade na hermenêutica constitucional, pode ensejar a redução da eficácia das garantias que dependem, justamente, da observação dos procedimentos”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. p. 50.

¹⁹ A Lei de Lavagem de Dinheiro afronta justamente essa diretiva do tratado. Não obstante, sustenta-se que tal preceito foi revogado pela recente reforma do processo penal, ao submeter as leis especiais ao procedimento ordinário (caso da referida lei). Contudo, isso não implica afirmar uma teoria das nulidades que se preocupa para com direitos e garantias pactuados em diplomas supranacionais.

tempo, na Europa há a mesma problemática: nenhuma sanção de nulidade é, entretanto, cominada para a violação das disposições processuais da Convenção europeia²⁰.

Além desta intensa problemática que afeta a compreensão da instrumentalidade constitucional do processo penal, a divergência de tratamento dos defeitos processuais pela doutrina e jurisprudência, anteriormente denunciada como um aspecto negativo, não é privilégio do Brasil. Assim, analisando o modelo português Conde Correia sustenta que “o legislador, a doutrina e a jurisprudência entendem-se com dificuldade, parecendo falar línguas diversas, reciprocamente incompreensíveis”²¹. Evidentemente, com a autonomização do processo penal, visível que os preceitos edificados sejam sob uma teoria unitária das nulidades aplicadas ao processo (penal e civil), seja sob uma operação levada a cabo pela teoria dos atos jurídicos nulos não é hábil a sustentar a pretensa unicidade. Logicamente, a matéria regulada pelos códigos de processo penal se mostra insuficiente, apesar da idéia arquitetada de um sistema organizacional e completo do tratamento do ato processual penal defeituoso²².

Como aparece em muitos manuais e tratados de direito processual penal, as nulidades aparecem como uma espécie de erro no proceder, o *erro in procedendo*. Com isso, aparta-se a teoria das nulidades das questões fáticas, reproduzindo a artificial e não menos arbitrária separação entre “questão de fato e questão de direito”, analisada por Castanheira Neves. Assim, segundo Cordero, “las anomalías procesales se pueden clasificar en dos figuras independientes, a saber: *vitia in procedendo e errores in iudicando*”²³. Criam-se as condições para que a teoria das nulidades seja uma espécie de “triângulo das bermudas” em matéria processual penal. Ora revitalizando um acervo de categorias propícias ao desenvolvimento de um modelo processual pré-moderno (as decisões casuísticas dos tribunais que remeteriam à palavra pontifical) ora reproduzindo um sistema

²⁰ CONSO, Giovanni. I Diritti dell’Uomo e il Processo Penale. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xxiii. p. 311-312.

²¹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 27.

²² Como explica Leone, a disciplina da imperfeição da relação ou do ato é assim diversa nos sistemas legislativos e é ligada à exigência também complexa e contrastante de não se poder delinear um sistema lógico ou conceitual da irregularidade, sendo possível somente um sistema fundado no direito positivo. A própria categoria da inexistência não resulta de uma expressa formulação legislativa e estaria fora de uma construção estreitamente aderente ao sistema legislativo. LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. 2 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962. p. 171.

²³ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 408.

de racionalidade instrumental maximizado, principalmente pela criação da figura da irregularidade²⁴.

É possível perceber-se, sem muitas dificuldades, que a teoria das nulidades, atualmente, se orienta pelo princípio de que para que se proceda à decretação da nulidade de um ato processual penal, imprescindível a demonstração do prejuízo²⁵ daquele que postular a decretação. Este princípio, conhecido do direito francês, se transforma assim, na principal categoria de uma teoria unitária entre processo civil e penal. Herança do *Code*, o princípio *ne pás de nullitè sans grief*²⁶ acaba se tornando um dos pilares fundamentais²⁷ da já denunciada casuística implementada pelos tribunais, sem falar que a sua abstração e generalidade permitem as mais mirabolantes e fantasiosas limitações aos direitos do acusado. De acordo com Carvalho, “o princípio que estrutura o sistema de nulidades, herança do Código Processual Napoleônico, é o da inexistência de vícios processuais sem a demonstração do prejuízo às partes (*ne pás nullitè sans grief*)”²⁸.

²⁴ Muitas vezes, durante a análise da teoria das nulidades, utilizou-se aqui a expressão “teoria do ato processual penal irregular”. Com isso não se está fazendo referência à categoria da “irregularidade” propriamente dita, que corresponde ao defeito do ato processual não digno de privar de efeitos o respectivo ato. A justificativa é que a irregularidade corresponde a uma violação da forma cujo grau de afetação dos requisitos é ínfima, não devendo, portanto, retirar a eficácia do ato praticado, mesmo em desacordo a uma norma.

²⁵ “Pretendendo adotar o *pas de nullitè sans grief* e o princípio da instrumentalidade das formas, lançou mão o legislador, para isso, de três preceitos de conteúdo diverso: respectivamente os dos arts. 563, 566 e 572, nº II”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. p. 400. Ainda sobre o princípio: “Completando a regra da *legalidade das formas processuais*, surge o princípio da *instrumentalidade*: na apreciação da validade do ato processual, a verificação de ter êle atingido sua finalidade prevalece sobre a simples inobservância das regras formais. O aspecto ritual do ato cede passo, portanto, ao seu sentido teleológico”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. p. 398.

²⁶ Para Cordero o juiz pode excluir a nulidade quando considera que, apesar do vício, o ato tenha realizado o próprio fim. Em primeiro lugar, esta fórmula seria para o autor vaga e também se presta a aplicações que frustrariam o dito princípio da taxatividade, conseqüentemente é perigoso. Mas também é inútil, uma vez que no caso de realização do fim não são expressamente enumerados, e a melhor decisão seria prever-lhes de modo explícito como a sanatória de nulidade de uma citação, se a parte toma conhecimento daquela. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 198-199.

²⁷ Segundo Poli cuida-se de princípio que é base de toda a disciplina dos atos processuais, e também do procedimento: o princípio da instrumentalidade das formas o qual, na acepção mais consciente, permite dizer que as formas são impostas não como fins em si mesmos, mas em função da realização de certo resultado, onde o resultado atingido em concreto mantém-se firme ainda que a forma não seja respeitada, tendo-se presente que o resultado a que tende o ato é sempre ligado ao resultado objetivo que tenciona o processo: a pronúncia sobre o mérito da situação jurídica controversa. POLI, Roberto. Sulla Sanabilità dei Vizi Degli Atti Processuali. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. L. n. 2, 1995. p. 473. Segue o autor afirmando que o princípio da instrumentalidade das formas não adere tão somente ao ato, mas ao inteiro processo, que de fato seria um instrumento a serviço da tutela jurisdicional do direito. POLI, Roberto. Sulla Sanabilità dei Vizi Degli Atti Processuali. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. L. n. 2, 1995. p. 473-474.

²⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 76.

Sem adentrar no mérito do referido princípio, posto que seu exame se dará mais adiante, o sistema de nulidades no processo penal constitui-se de um hibridismo suficiente para não se poder prever, com razoável certeza, a decisão que emanará da autoridade judicial. Como no sistema inquisitorial, a ilegalidade congênita muitas vezes afasta a aplicação de determinada norma que decretaria a retirada dos efeitos do ato, segundo especialmente, o princípio da demonstração de prejuízo. Mas não é só. Dentro desta gestão da ilegalidade, a retirada dos efeitos de determinado ato, no escopo de se permitir retroagir o processo a um estado anterior, cujo fito em última instância é renovar-se a produção probatória constitui também um elemento de notável inquisitorialidade. Aqui basta a verificação de uma nulidade, suscitada pelo Ministério Público na fase de instrução, para que o ato seja renovado e a informação, antes incompleta, seja agora apreendida. Em outras palavras, a ausência de critérios, que consolida um misto de relevação dos atos defeituosos e de decretação do defeito (para obtenção de fins probatórios) é uma característica central no sistema inquisitorial. Com isso não é difícil perceber-se, com referendos da própria Suprema Corte, que há uma opção pela manutenção de um sistema no qual as formas não se colocam mais como um obstáculo ao poder. Todo o contrário. Como no regime inquisitorial, a dotação de certa rigidez não raras vezes se encontra ligada a um mecanismo de maximização do poder punitivo. As formas processuais se tratariam de uma espécie de garantia de aplicação do poder de penar. Segundo Hélie, ao comentar a ampliação do sistema inquisitório aos demais delitos anteriormente comuns afirma que o sistema inquisitorial é concebido a partir das fórmulas e cânones precedentes, tendo-se com isso um procedimento rápido e sumário, despido de todas as solenidades ordinárias dos julgamentos²⁹. Evidentemente a flexibilização das formas acompanha o vetor inquisitório.

Certamente, um dos problemas principais relativos à noção centralizada do ato processual penal defeituoso diz respeito à própria concepção de processo. Para a doutrina tradicional, o processo é lido como um *pro-cedere*, isto é, uma seqüência de atos judiciais tendo como fio condutor a obtenção de uma resolução de mérito. A concepção processual que autoriza a conceber o processo como uma mera seqüência de atos, isolados uns em relação aos outros permite a criação das condições ideais para que a análise sobre a decretação da nulidade de um ato judicial seja ventilada tão somente pelas lentes do próprio

²⁹ HÉLIE, Faustin. *Traité de la Instruction Criminelle I: histoire et théorie de la procédure criminelle*. p.402.

ato maculado. Descurando de uma visão global do processo, muitas vezes o que aparece como mera irregularidade poderá ter desencadeamentos capazes de colocar à prova o sistema de garantias processuais.

Com efeito, a análise da natureza jurídica do processo levada a cabo no capítulo anterior tem por escopo justamente deixar para trás essa concepção isolacionista dos atos processuais penais. É preciso levar em conta, na medida do possível, o processo como integração de atos processuais, pelo que, para ficar no exemplo do princípio *ne pās de nullitè sans grief*, a conclusão sobre a finalidade do ato apenas poderia ser aquilatada no conjunto das chances processuais.

Com isso, já antecipando o que ficará evidenciado ao longo deste capítulo, as nulidades do processo penal geralmente são concebidas e estruturadas a partir de modos, requisitos e princípios produtos daquela mera seqüencialidade de atos levada ao extremo na separação de cada ato de sua integração numa situação dinâmica. O recurso à teoria da situação jurídica permite que se avaliem não atos isolados, mas atos conglobados, integrados.

Se se quiser levar adiante um processo penal arvorado em sua instrumentalidade constitucional, é preciso uma revisão que em primeiro lugar denuncie a falácia do sistema unitário de nulidades para se poder, ao cabo, oferecer pistas para a construção de um novo modelo, regido por princípios próprios, autônomos, em consonância com um processo penal que se coloque como limite ao poder punitivo estatal³⁰. A instrumentalidade constitucional, que concebe o processo penal a partir da proteção do hipossuficiente, exige uma reforma que permita a reunião de novos elementos e diretrizes acerca da validade dos atos processuais. Este o principal fundamento para se recusar uma teoria unitária. Outro problema que será examinado mais adiante diz respeito às conseqüências do princípio da necessidade. Processo civil e penal diferem drasticamente pela sua incondicionalidade referentemente à aplicação do direito material. Neste último, sua atuação é irrecusável, enquanto no primeiro, será de regra opcional.

³⁰ “O pressuposto da investigação é o de que um dos pontos-chave para o incremento/obstrução da acusatoriedade no sistema processual brasileiro encontra-se no sistema de nulidades”. CARVALHO, Salo; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição: estudos de casos a partir do referencial garantista. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. p. 511.

Finalizado este ponto, no seguinte se procurará tecer alguns comentários acerca das formas processuais e as suas concepções que se deram no curso dos diferentes regimes de processo penal.

2.2 Fragmentos Históricos: pontos de apoio

O papel das formas processuais se reveste de nítidos traços culturais³¹. Assim é que determinadas culturas jurídicas possuem certa visão dos atos processuais que poderá ser mais rígida ou flexível. A forma do ato processual poderá, nesse ínterim, ser analisada sob um prisma exterior ou interior, de acordo com a prevalência da finalidade do ato ou da estrita obediência aos seus requisitos intrínsecos. De acordo com Binder “geralmente sob a linguagem dura, tosca, às vezes austera da legislação processual, cresce uma prática matizada, que modifica ou transforma o sentido das formas e das rotinas processuais”³².

Como já fora sustentado no item antecedente, o desenvolvimento da teoria da relação jurídica e principalmente a concepção do processo como seqüência de atos permitiu a construção de uma teoria das nulidades estruturada a partir de uma análise particular do ato afetado, desconsiderando-se as conseqüências reflexas para o processo integralmente considerado. Um exemplo dessa concepção pode ser registrado na ausência de valoração de uma nulidade não decretada. Quer dizer que a não decretação do ato nulo não pode ser avaliada dentro de um contexto global do processo. Em outras palavras, como seria possível avaliar o prejuízo advindo da não decretação de nulidade? Como será possível investigar-se os aspectos negativos refletidos sobre atos subseqüentes decorrentes de um não pronunciamento judicial?

³¹ “A prática judicial, desenvolvida por meio das formas, constitui um determinado tipo de sujeito que, por fim, é muito mais que um sujeito de conhecimento. As formas têm estado a serviço da construção desse sujeito e essa foi sua finalidade mais oculta, porém mais forte e perdurável”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 29. Segue o autor: “sustentar que existe um laço de unidade entre a função das formas judiciais e as formas processuais, pode servir para construir um conceito de uso fácil e dotar a teoria das nulidades de uma aparente simplicidade. Mas desse modo se oculta a função que essas formas processuais que desempenharam no desenvolvimento dos aparatos judiciais e por meio deles na construção de nossa cultura jurídica”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 28.

³² BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 71.

Estes problemas, então, partem de um primeiro aspecto, que recai diretamente sobre a avaliação do ato processual de forma isolada de seu contexto, vedando a interpretação globalizada do cenário processual. Assim, a atual teoria das nulidades é incapaz de pensar as conseqüências da corrupção da forma para além dos reflexos meramente causais. Nesse sentido, de acordo com Leone, “en la definición de nulidad la palabra “formas” se refiere al aspecto exterior del acto, a su revestimiento en sentido global: ya hemos visto que la inobservancia de las reglas acerca de la data de las notificaciones, está prevista como causa de nulidad (art.179)”³³.

Como exposto, as formas processuais se reencontram com determinada cultura jurídica. Existem ao menos quatro espécies de confronto com as formas processuais, ou como prefere a doutrina, quatro diferentes sistemas de formas processuais. De acordo com Payá, os sistemas de nulidade³⁴ poderão ser entendidos como: a) sistema formular; b) sistema judicial; c) sistema de taxatividade; d) sistema do prejuízo.

Com relação ao primeiro modelo, o sistema formular ou sistema de sanção do erro literal das fórmulas, trata o ato processual como uma solenidade que deve ser praticada na exata medida de sua previsão. Aqui, o menor deslize das formas, a menor diferença existente entre o ato praticado e a sua previsão normativa acarreta a nulidade e a conseqüente imprestabilidade do ato. Costuma-se atribuir ao sistema romano, principalmente no período dos procedimentos *per formula* as características desse sistema. O processo é considerado em toda a sua solenidade e os atos judiciais são sacramentais. Evidentemente por força do princípio da secularização, geralmente os países ocidentais não utilizam similar sistema de avaliação dos defeitos dos atos processuais. A consolidação de um sistema processual que tem por pretensão alimentar-se de uma racionalidade instrumental não pode permitir um sistema tão rigoroso e místico de nulidades. A modernidade, ao estabelecer principalmente uma fissura do sacro e do profano inviabiliza a adoção desse modelo de interpretação dos atos jurisdicionais³⁵. Desta maneira, até mesmo

³³ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.p. 689.

³⁴ PAYÁ, Fernando Horacio. *Fundamento y Trascendencia de las Nulidades Procesales*: la visión de David Lascano. p. 27.

³⁵ Todavia, como no capítulo anterior suscitado, o campo do inquisidor é por excelência o da autocolocação nos dois planos simultaneamente.

por não se poder traçar um paralelo entre o processo romano e o contemporâneo, do ponto de vista da forma processual, este modelo não encontra mais aplicação.

Um segundo modelo de análise das nulidades processuais diz respeito à ausência predefinida de critérios normativos para decretação do defeito. Trata-se do sistema judicial, pelo qual caberá ao juiz ou ao tribunal, no caso em concreto, avaliar a oportunidade para o desfazimento do ato processual. Como acentua Fernandes, este regime de nulidades “deferido ao juiz a valoração da essencialidade do requisito não observado, embora exigida, em alguns casos, a provocação das partes”³⁶. Há a independência de critérios normativos, ficando a cargo do juiz a detecção do vício que inquina determinado ato. A falta dos requisitos do ato em última instância é uma tarefa do juiz, cabendo ao magistrado, enquanto faculdade, avaliar e decretar a sua manutenção ou o seu refazimento. Nesse ponto, o sistema judicial se aproxima do modelo inquisitorial. A primeira razão é bem conhecida: o modelo inquisitório, ao estabelecer um regime de ilegalidade, deixa a cargo do juiz a conveniência da possível decretação (chamando-se a atenção para o fato de que tal decisão poderá se dar no escopo de se refazer provas³⁷). A segunda é a de que por ficar a cargo do juiz a decretação da nulidade, jamais poderá praticar ato contrário a qualquer regra pré-estabelecida. Quer dizer, em síntese, que sem regras a priori, fica praticamente impossível limitar-se a atuação do magistrado. Essa ilimitação, com a colocação do magistrado como centro do processo constituirá um modelo privilegiado de ilegalidade. Em síntese, o modelo judicial é um regime arbitrário, no qual as formas, que não encontram amparo normativo se encerram na psique do julgador. Um processo penal que esteja assentado em regras mínimas não pode tolerar tal sistema, dada a sua arbitrariedade intrínseca. Desta maneira, com o advento do constitucionalismo contemporâneo - as garantias entendidas como engrenagens inelimináveis do processo penal - a representação de um procedimento com o depósito exclusivamente nas mãos do juiz ou tribunal da faculdade de determinação da nulidade de um ato consistiria em inegável retrocesso.

³⁶ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 18.

³⁷ “Não se deve construir uma solução desfavorável para o imputado utilizando argumentos de restauração do sistema de garantias que o protege. Uma das manifestações mais claras é quando se faz o processo retroagir a etapas anteriores, com grave prejuízo para o imputado, utilizando como argumento ou desculpa que forma violadas formas previstas para protegê-lo (por exemplo, requisitos de sua declaração)”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 81.

O terceiro modelo normativo de nulidades é exatamente o oposto do sistema judicial. Trata-se do sistema taxativo de nulidades. Frente a este modelo, somente as nulidades previstas legalmente poderão ser decretadas. Aqui, originário deste sistema é o princípio *ne pàs de nullitè sans texte*. Somente a previsão normativa autoriza o juiz à decretação da invalidação de um determinado ato processual. Há aqui também uma falsa pressuposição de completude do sistema, dado que o sistema taxativo não possibilita que se criem novas modalidades de invalidade. Há um apego exacerbado à forma preestabelecida, não permitindo ao juiz nenhuma faculdade criadora no que diz respeito à admissibilidade de reconhecimento de vício supralegal³⁸. O principal problema concernente a este sistema é o engessamento³⁹ das normas processuais frente à mutável realidade do processo penal, em especial à constante edição de leis processuais penais que acabam descaracterizando o código de processo penal como um todo integrado e harmônico.

Evidencia-se assim, um nítido contraste entre o disposto legal e as progressivas mutações implementadas pelas alterações legislativas. Ademais, muitos autores criticam esta modalidade pela construção de um sistema rígido, de forma que o processo penal perderia flexibilidade. Ademais, não se pode esquecer que também o advento do constitucionalismo contemporâneo e das garantias que com ele chegam torna problemática a dependência de um sistema de nulidades meramente legal. Não apenas pelo caráter hierárquico, mas a fluidificação de princípios constitucionais é avessa à regulação estrita e inflexível dos defeitos do ato.

O último sistema de nulidades é aquele que não prevê um regime extremamente rígido como o formular e o taxativo. No entanto, também não deixa exclusivamente a cargo do magistrado a avaliação e decretação da nulidade, já que é notadamente um sistema arbitrário. O elemento distintivo do sistema do *ne pàs de nullitè sans grief* é a averiguação, no caso em concreto, da existência de prejuízo à parte que alega a existência de nulidade⁴⁰. Contemporaneamente, trata-se do sistema cujo princípio reitor é incorporado à quase

³⁸ “O ato processual é inválido quando não cumpre com os requisitos que a lei processual, os tratados internacionais e a Constituição Nacional prevêem para eles”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 08-09.

³⁹ “Se se quer realizar uma renovação conceitual neste campo, deve-se abandonar sem preâmbulos o princípio de legalidade das nulidades e todo o seu aparato conceitual”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 37.

⁴⁰ “Las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, sino que se orientan a la consecución de una meta principal en el procedimiento penal”. AROCENA, Gustavo A. *La Nulidad en el Proceso Penal*. p. 44.

totalidade dos sistemas processuais penais ocidentais. Seus defensores justificam a sua adoção porque superaria as principais dificuldades encontradas nos regimes de taxatividade e de judicialidade. Tal sistema eclético permitiria agregar-se à previsão legal a maleabilidade suficiente para não fossilizar o sistema. Surgirão aqui os principais problemas do ponto de vista do processo penal. Sem antecipar tais críticas, já que o princípio referido será objeto de exame particularizado, incumbe salientar que mediante esta categoria se leva adiante um processo de paulatino esvaziamento dos limites ao poder punitivo estatal⁴¹.

Além dessa classificação, existem outras que podem ser consideradas como concepções menores ou de menor importância. Como exemplo é possível citar-se aqui a distinção trazida por Florian entre nulidade material e formal. A primeira, a nulidade material seria aquela na qual o vício seria de natureza de direito material. Assim, a invalidade de direito penal seria denominada de nulidade material, enquanto a nulidade formal seria aquela que particularmente aqui nos interessaria: o vício de direito processual⁴². Difícil admitir-se a existência de uma nulidade de direito penal, a não ser que se recorra a uma equivalência entre a nulidade de direito penal e aquela teoria dos atos nulos em geral⁴³, que de regra afetam a vontade do “contratante”. Na mesma linha de argumentação, Leone rechaça a distinção de Florian sobre nulidades materiais e formais: “no hay ya lugar a la distinción entre nulidades substanciales y nulidades formales”⁴⁴.

Outra questão de inegável importância e que, no entanto traz pouco ou nenhum consentimento na doutrina diz respeito à natureza jurídica da nulidade. O ato nulo seria inválido ou ineficaz? Cordero, por exemplo, prefere entender o ato nulo como ineficaz. Assim, para o autor italiano, perfeito equivale a eficaz; ineficaz, todo ato imperfeito⁴⁵. A invalidade já seria o não preenchimento dos requisitos dos atos, pelo que dependeria de

⁴¹ Após a guerra, a evolução se desenvolverá para a simplificação do processo e em desfavor das nulidades. CROQUEZ, Albert. *Précis des Nullités en Matière Pénale*: manuel pratique de procédure criminelle. Paris: Recueil Sirey, 1936. p. 05.

⁴² VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 155.

⁴³ “En derecho privado la única calificación radicalmente negativa es *nulo*. Las anomalías procesales varían según los actos: en los propulsivos constituyen un vicio genético, propagado a los siguientes; los negocios inválidos (por ejemplo, el acuerdo sobre la pena) permanecen letra muerta; las pruebas mal allegadas al proceso causan juicios errados; a la decisión confluyen los vicios de los actos propulsivos, pero si no es impugnada, se torna irrevocable”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 410.

⁴⁴ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 689.

⁴⁵ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 441.

uma posterior decretação judicial, a fim de se retirar os efeitos do ato. Sem aprofundar aqui tais questões, posto que serão desenvolvidas no momento da análise da natureza jurídica da nulidade, é possível antecipar-se aqui a polêmica existente.

Como se pode vislumbrar, a teoria das nulidades é um âmbito fragmentário, em que a tarefa de momento é a extração de elementos suficientes para trazer à tona um sistema minimamente organizado de conceitos e princípios.

Assim, encerrando-se o presente tópico, procurar-se-á, a partir dos próximos itens, analisar os princípios próprios das teorias das nulidades, colocando-os frente ao sistema constitucional exigido para a estrutura de um processo penal democrático.

2.3 Os Princípios Gerais da Teoria das Nulidades

A teoria do ato processual defeituoso, assim como as demais temáticas que gravitam em torno do processo penal possui alguns princípios que dão sustentação ao arcabouço teórico. Nesse sentido, os princípios gerais da teoria das nulidades representam o ponto de partida comum, sem o qual se torna impensável a edificação de um sistema organizacional de conhecimentos.

Como princípios - e aí está a palavra que se coloca como ponto de partida - orientam o pensamento relativamente à matéria. A pretensão a ser desenvolvida nesse instante é a referência a essas categorias fundadoras, de forma a permitir um exame coerente da temática. De acordo com Lacan, “Todos sabem que, para estruturar corretamente um saber, é preciso renunciar à questão das origens”⁴⁶. E mais, para além, nas palavras de Morais da Rosa, “logo, os princípios estão na beira do real de Lacan – aquilo que não cessa de não se escrever –, sendo, assim impossível de ser dito no todo”. Daí por que se torna tarefa improcrastinável partir-se dos princípios informadores em matéria de nulidades. Como será observado, a referida construção teórica possui relação direta com os sistemas de forma processual. Sem prejuízo dos diferentes ordenamentos jurídico-processuais, os princípios inerentes à teoria das nulidades constituem, via de regra, categorias jurídicas que acabam permeando o processo penal dos países ocidentais.

⁴⁶ LACAN, Jacques. *O Seminário: o avesso da psicanálise*. p. 02.

Desta maneira, procurar-se-á delinear estes princípios e tratá-los naquilo que respeita especificamente o processo penal brasileiro. O primeiro destes princípios é o princípio *ne pas de nullité sans grief*, ou seja, de que a decretação dependerá da demonstração de prejuízo.

2.3.1 *Ne Pas de Nullité Sans Grief ou Instrumentalidade das Formas*

Como o próprio nome está a indicar, o princípio da demonstração de prejuízo prevê, para a decretação da nulidade, a demonstração de uma lesão a um interesse por parte do sujeito processual que alega o defeito do ato jurídico. Trata-se de um princípio cujos contornos remontam o processo penal francês, justamente no processo de instituição do Código Napoleônico.

A orientação primária deste princípio é estabelecer limites à declaração de nulidade. Assim, o escopo intencional é permitir que determinado vício de um ato processual não seja reconhecido a não ser que o interessado postule a declaração judicial invocando e demonstrando violação a seus interesses, bem como provando o prejuízo sofrido pela prática precária do mencionado ato.

Igualmente, além da origem francesa, o princípio da demonstração de prejuízo é válido – assim o demonstra a doutrina – para o campo civil, configurando-se como uma espécie de viga mestra no que diz respeito à manutenção e sustentação de uma teoria geral dos vícios dos atos processuais. Especificamente no Código de Processo Penal brasileiro, o art. 563 dispõe expressamente: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Como se vê, há a recepção expressa ao princípio de origem francesa, determinando a avaliação do prejuízo sofrido pela parte antes de sua decretação. No Brasil, tal princípio também é conhecido como “instrumentalidade das formas”, de acordo com o qual a declaração de nulidade apenas poderá ser realizada se o ato processual, mesmo praticado com inobservância de algum requisito, não atingir a finalidade a que se destinara. Tal princípio também acaba sendo representado pelo art. 244 do CPC *in verbis*: “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Assim, importante setor da doutrina justifica o princípio da instrumentalidade das formas mencionando que “as formas só devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento”⁴⁷. Como se pode denotar, tal princípio está intimamente ligado a uma concepção de processo penal que considera a forma como a medida de um obstáculo à verdade material. As formas processuais representam muito mais do que institutos cujo escopo é oferecer objetividade ao procedimento ou ainda, segurança às partes. Estão ligadas, como é notório, às garantias mais elementares do processo penal, sem as quais se estaria diante de meros atos arbitrários. Esta concepção tradicional de processo penal, que ganha no Brasil vários adeptos, percebe o princípio da instrumentalidade das formas⁴⁸ como uma vantagem em relação ao sistema legalista das formas. O que se percebe neste discurso é a sujeição das formas processuais a um discurso pautado pela eficiência⁴⁹, não raras vezes socorrendo-se do postulado da economia processual⁵⁰. É preciso salientar

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

⁴⁸ “No tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais; no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 158.

⁴⁹ Aqui pouco se falará sobre o conceito de eficiência, tributário de um pensamento economicista dos pensadores do Mont Pelèrin. No entanto, tal conceito pode ser pensado, utilizando-se da lógica de Legendre da seguinte maneira. Assim eficiência não é mais um termo fabricado para ser comentado pela dogmática e interpretação, trata-se de uma palavra fetiche, um argumento emblemático por excelência, que não deve ser entendido, mas se é possível assim, dizer, vivido corporalmente. LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l’Etat et du Droit*. p. 101. Mais adiante o mesmo autor destaca que o termo eficiência se inscreve na história ocidental do princípio da normatividade, sobre a dupla versão da política e da Ciência. LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l’Etat et du Droit*. p. 103.

⁵⁰ Para Massa, ainda que não se considere tal tendência como a expressão de uma egoísta visão de processo, compreende o desenvolvimento direcionado ao fim com o dispêndio da menor quantidade de energia. Para o autor um fato é certo: que o processo por se ligar inevitavelmente à pessoa humana, se colocando como uma forma de exteriorização é dominado pelo princípio de economia (realização do máximo resultado com o mínimo esforço. MASSA, C. *L’Acquiescenza nel Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1954. p. 59-60. Mais adiante o autor afirma que devido a este perfil a tendência à economia processual se põe como uma exigência de se chegar ao máximo resultado com o mínimo de esforço e de obter enquanto isso a realização mais completa dos fins processuais. Compreende neste sentido que a economia processual assuma diversos aspectos. Assim se pode distinguir uma economia quantitativa pensada como um ato apenas ao invés de dois, uma economia qualitativa - um ato simples ao invés de um complexo. A máxima expressão de tal tendência está na utilização de atos processuais para outros fins, que são extraídos do esquema legal, quando não se tem os requisitos para sua realização, denominada de conversão do ato processual. MASSA, C. *L’Acquiescenza nel Processo Penale*. p. 74.

que Garraud, ao comentar a doutrina das nulidades de seu tempo já advertia acerca da problemática da transposição deste preceito ao processo penal⁵¹.

A recorrência do sistema francês a uma nova sistemática das formas dos atos processuais, inclusive permitindo-se a sua incorporação independentemente da fase processual e extensivo a todas as espécies de nulidades “determinou a evolução do processo penal francês para um sistema de nulidades por prejuízo, segundo o qual não é a violação da lei, nem a gravidade desta violação que constitui nulidade, mas apenas o dano que lhe sobrevém”⁵². Aqui o ponto que se deve salientar é o de que a previsão de nulidade dos atos, que partiria de uma presunção de relevância dos requisitos dos atos processuais é ultrapassada por outra maneira de se vislumbrar as formas do processo. Aqui, com o recurso à finalidade do ato, é preciso alterar-se a dinâmica do confronto entre forma e gravidade ou descumprimento legal para outra que pactua pela emergência de um dano e pela possibilidade de se admitir atos processuais em desconformidade com os requisitos de sua validade.

Um dos principais problemas relacionados ao princípio da instrumentalidade das formas não apenas diz respeito à sua origem – o *Code* de 1808 – que traz de forma velada e mascarada uma recapitulação do modelo inquisitorial⁵³. A primeira fase, na qual se colhem as provas a serem trazidas para a segunda, amplamente regidas sob a orquestra de um inquisidor dá o teor da ideologia que perpassa o modelo napoleônico. A conversão de um sistema de formas rígidas para outras relativizadas⁵⁴ continua a marcha rumo à organização de um modelo inquisitorial mimetizado. No Brasil, anunciada como uma “evolução” dos sistemas democráticos, a forma processual pode ser desprezada quando o ato atingir sua finalidade. O *topoi* de que o processo não constitui um fim em si mesmo, uma espécie de

⁵¹ O princípio *pas de nullité sans grief*, nas palavras de Garraud cuida-se de um sistema absorvido das nulidades civis e inadptável às nulidades penais, nas quais as sanções não se exaurem exclusivamente nos interesses das partes. GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique D’Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1912. p. 422.

⁵² CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 70.

⁵³ Como aponta Hélie, não se trata de algo novo em termos de legislação francesa de 1539-1670. Segundo o autor o princípio deste processo, como de toda a legislação penal daquela época é a intimidação. Todas as garantias são para a ordem social e o acusado não possui nenhuma. HÉLIE, Faustin. *Traité de la Instruction Criminelle I: histoire et théorie de la procédure criminelle*. p. 691.

⁵⁴ Para Dominioni a instrumentalidade do processo, com a sua relação com o direito substancial recebe no campo penalístico uma particular acentuação, já que neste, diferentemente do direito privado, não se pode dar nenhum evento juridicamente apreciável se não na perspectiva processual. DOMINIONI, Oreste. *Improcedibilità e Proscioglimento nel Sistema Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 1974.p. 06.

mote para fundamentar o princípio *ne pās de nullitè sans grief* é vertido como um adágio irrebatível. Como já recitava Frederico Marques, “saber situar a questão das nulidades num justo termo em que a relevância das formas processuais seja temperada pela instrumentalidade do ato processual – eis a solução acertada para tão grave problema”⁵⁵.

Todavia, os mesmos autores que se propõem a anunciar a democratização do processo penal, se esquecem de explicar como e por que essa necessária flexibilização das formas é tão importante. Na lógica do Código de Processo Penal brasileiro, representa o tratamento minimalista anunciado pelo Ministro Francisco Campos. O que haveria de tão democrático nisso? Em segundo lugar, a aversão às formas processuais denunciada como um resquício legalista recebe, em contexto diverso, embora com a mesma justificação, o mesmo tratamento dispensado por um Manzini, o que acabou sintetizada, no processo penal italiano, em uma abolição das nulidades absolutas⁵⁶. Nas palavras do famoso processualista italiano, “el proceso penal no es un ejercicio académico y que las formalidades procesales no son un fin en sí mismas. Todo acto procesal tiene una finalidad, y si esta finalidad se ha conseguido en cuanto a todos los interesados, es evidente que en el caso concreto la irregularidad no tiene importancia ninguna”⁵⁷. As palavras de Manzini são suficientemente claras. A origem napoleônica do princípio da instrumentalidade das formas também dá o tom. Trata-se da possibilidade lícita, sob a ótica do sistema inquisitorial, de o juiz manipular as formas, tudo sob o genérico, abstrato e moldável espectro da finalidade atingida. Ainda, nas palavras de Ondeï, reproduzindo a cacofonia de Manzini: “as normas processuais não são fins em si mesmos, mas possuem um caráter meramente instrumental, que a forma não deve sobrepujar a substância, que o fim a ser atingido prevalece sobre a perfeição formal dos atos”⁵⁸.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. p. 399.

⁵⁶ De acordo com Bellavista para o código de 1930, que se trata de uma involução jurídica no confronto com o código de 1913 a respeito dos atos processuais, não existiam nulidades absolutas e insanáveis; as nulidades eram todas relativas; assim dispunha o artigo 184: ‘todas as nulidades podem ser sanadas nos modos estabelecidos nesta lei’. Esta draconiana norma criou a categoria do ato processual inexistente com a qual, em certo sentido, se remediou aquela estupidez legislativa. BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. 227.

⁵⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. p. 124.

⁵⁸ ONDEI, Emilio. Liberalismo o Autoritarismo Processuale? *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vii. p. 181.

A instrumentalidade das formas é um princípio que acabou ganhando não apenas a adesão de processualistas no Brasil. Por exemplo, na Itália⁵⁹ e Espanha⁶⁰ processualistas das áreas civil e penal sustentam a sua aplicação como um princípio comum a ambas as áreas e plenamente relevantes no processo contemporâneo. De acordo com Liebman, “o ato processual é viciado se flata algum dos requisitos prescritos pela lei ou necessários para a realização de seu fim. Mas não é sempre o vício do ato que induz à sua invalidade”⁶¹. Não se pode esquecer que a circunstância de o ato atingir ou não a sua finalidade é também uma questão política. Para Cordero as nulidades cominadas desaparecem de qualquer forma assim que o ato imperfeito equivalha ao perfeito no êxito prático segundo um cálculo oferecido por aquele que julga: e aqui salta aos olhos o inteiro mecanismo formal, com o seu transparente envolvimento político⁶².

Inevitavelmente a avaliação da declaração judicial de nulidade passará como no pensamento de Cordero, anteriormente transcrito, por um necessário cálculo, no qual serão elementos de avaliação o custo e o benefício. Em suma, não parece distante demais do pensamento utilitarista e economicista que imagina um processo penal no qual as formas, que representam um enorme obstáculo ao eficientismo persecutório, possam ser tratadas como meras sugestões endereçadas pelo legislador ao juiz.

Demais disso, retorna-se ao ponto nevrálgico. Se como aludido amiúde na presente investigação, o sistema inquisitorial se manifesta como uma gestão de ilegalidades, a ponto de se poder falar em uma ilegalidade congênita, o princípio da instrumentalidade das formas é justamente a peça central da engrenagem que autoriza o magistrado ao

⁵⁹ De acordo com Liebman a instrumentalidade das formas subordinaria a invalidade de um ato processual não pela simples inobservância da forma, mecanicamente detectada, mas pela relação – acertada caso a caso – entre o vício e o escopo do ato e sancionando a nulidade apenas quando o ato, pelo efeito do vício, não tenha podido conseguir o seu fim, tenciona salvar aquilo que foi feito na medida máxima da exigência da técnica processual. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 7 ed. Milano: Giuffrè, 2007. p. 236.

⁶⁰ “Lo que importa, pues, para saber si un acto tiene una u otra naturaleza, es su finalidad. Según este criterio finalista, lo que da al acto carácter procesal (procesalidad) es su influencia sobre el proceso, el ir destinado a los fines de lo mismo, sin tener que atenerse a otros elementos (sede de la relación procesal y sujetos procesales)”. GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. p. 106.

⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 235.

⁶² CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 452.

descumprimento dos requisitos dos atos processuais quando se puder, via de regra pelo recurso a cláusulas genéricas, enfatizar a ausência de prejuízo⁶³.

Uma vez mais, há que se preocupar com as justificativas. Como acentua Maier, “la nulidad no representa de por sí ningún perjuicio, aunque en casos particulares y concretos (reales) pueda surtir efecto de perjuicio para un individuo determinado”⁶⁴. Qual seria o sentido então, da disposição expressa das nulidades? Apesar de o princípio da instrumentalidade das formas não dispensar a legalidade das nulidades (previsão normativa), ao final das contas, o recurso à declaração de prejuízo, sem o qual a nulidade não será declarada opera os mesmos efeitos que o sistema judicial das formas processuais. A diferença é a de que enquanto neste último não há regra alguma, no primeiro há regras que poderão ser desprezadas pelo magistrado. Ao final, *more of the same*: o vício não necessita ser declarado, posto que a finalidade do ato fora obtida.

O princípio do prejuízo, desta forma, nas lições de Grinover, Fernandes e Gomes Filho instituirá um binômio que corresponderá à apreciação judicial da suscitação do defeito: trata-se do binômio prejuízo-vantagem. De um lado, a arguição do prejuízo deverá ser corroborada por elementos de convicção, permitindo ao magistrado formar um juízo de valor entre dano e ruptura da forma do ato. De outro lado, a invocação da nulidade deverá também trazer consigo a demonstração da vantagem processual pretendida pela parte que invoca o vício. Nesse sentido, “a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua conseqüente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a nulidade”⁶⁵. Desta arte o artifício retórico salta aos olhos. Como é possível provar-se a vantagem de um ato ainda não praticado? Como é possível a avaliação de um ato processual virtual? Na relação apontada pelos autores, uma não-declaração de nulidade do juiz, demonstrando-se o prejuízo decorrente desta não-declaração, somada à desvantagem do ato processual praticado também deveria ser admissível! Em outras

⁶³ De acordo com Chiavario resulta bastante claro, contudo, o objetivo da máxima: de um lado, evitar a exasperação do formalismo e proteger a exigência de economia processual; de outro, assegurar sempre um tratamento severo à violação da lei, inerente aos interesses particularmente mercedores de tutela. CHIAVARIO, Mario. *La Riforma del Processo Penale: appunti sul nuovo codice*. 2 ed. Torino: UTET, 1990.p. 252.

⁶⁴ MAIER, Julio B. J. *Función Normativa de la Nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p.130.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 34.

palavras: se a parte suscitante da nulidade deve provar a vantagem futura de um ato não praticado, a não-declaração de nulidade, que comporta juízo de desvantagem imediato somado ao prejuízo virtual decorrente da não-invalidação também deve admitir-se. Como se pode perceber, o tratamento jurídico das nulidades é algo extremamente caótico na doutrina.

Nas palavras de Cordero, com relação ao princípio da instrumentalidade das formas, a realização do fim configuraria, ao revés, um caso de ato viciado e apesar disso, originariamente idôneo a produzir efeitos ⁶⁶. Em suma, atingindo-se a finalidade (que ficará a cargo do juiz) não se decretará a nulidade e o ato permanecerá no processo, produzindo todos os efeitos visados quando de sua realização. Trata-se de uma espécie de princípio de “economia da declaração de nulidade” ⁶⁷, por meio do qual em primeiro lugar importará preservar-se o ato processual para então, como último recurso, invalidar-se o respectivo ato.

Salienta ainda a doutrina, que a carga da prova recairá sobre quem pretender a invalidação do ato processual. Assim, de acordo com Conde Correia, “segundo a opinião dominante, tal como acontece na maioria dos casos, o interessado deverá carrear para os autos todos os elementos necessários, incluindo o prejuízo sofrido, a fim de convencer o juiz da bondade da sua pretensão” ⁶⁸. Para a análise compatível com o processo penal, como fica a carga da prova nas alegações de nulidade? Justificável o transplante de uma carga da prova para o acusado que pretender ver reconhecida a alegação de nulidade (por razão de um malsucedido transplante de conceitos privatísticos ao processo penal)?

O princípio *ne pas de nullité sans grief*⁶⁹, também conhecido como princípio da transcendência, encontra sustentáculo nas formas dos atos jurídicos em geral. Ao se

⁶⁶ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 70.

⁶⁷ Segundo Florian o regramento da nulidade é importante não apenas porque pode tornar mais ou menos ágil e célere o processo e mais ou menos seguro o seu desenvolvimento, mas também porque determina os poderes das partes e do próprio juiz sobre a forma e o modo da atividade processual. FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. p. 121. Mais adiante seguirá o autor afirmando que de fato, ainda na nulidade se apresenta o conflito entre interesse geral e aquele particular: o interesse do Estado se concretiza no desejo de que o juízo se desenvolva mais rapidamente e sem percalços; o interesse do imputado se dá no fato de que cada formalidade inerente às suas garantias seja fielmente cumprida. FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. p. 121.

⁶⁸ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 71.

⁶⁹ “Recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruridos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes”. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 318.

perceber a origem francesa do princípio mencionado, facilmente constatável que na França, durante o período napoleônico, surge e ganha expressão a natureza jurídica do processo como quase-contrato⁷⁰. Esta teoria, já delineada no capítulo anterior, concebe o processo nos mesmos moldes privatísticos que explicam a formação do negócio jurídico. Não é difícil perceber-se que para os atos jurídicos em geral, a alegação de um vício na formação da vontade, hábil a anular o ato caberá àquela parte que pretender a sua desconstituição. Repete-se tal lógica no art. 333 do CPC, quando distribui o ônus da prova para aquele que invoca um fato modificativo ou extintivo de um direito. Da mesma forma, o art. 156, caput do CPP trata semelhantemente da carga probatória, recaindo o ônus da prova sobre quem a alegar.

Para a concepção do processo como um quase-contrato, a nulidade é equiparável ao defeito do negócio jurídico⁷¹. A quem incumbirá a prova do prejuízo? A resposta se adequa aos parâmetros civilísticos: àquele que pretender ver reconhecido o vício, que certamente para a teoria dos atos jurídicos constitui-se como um fato modificativo ou extintivo de direitos. Desta maneira, depreende-se uma inegável contaminação da teoria das nulidades pelo ranço civilístico, fundando, sobretudo, numa teoria unitária dos defeitos dos negócios jurídicos⁷².

Desta maneira, o seu transplante para a seara processual, especificamente em matéria penal é inapropriada por uma série de motivos. O mais grave deles reside na circunstância de não existir, no processo penal, distribuição de cargas probatórias (carga

⁷⁰ De acordo com Carnelutti: “A teoria do fim do ato é mais conhecida, como se disse, sob o nome da teoria da *causa*. Este elemento do ato foi descoberto, antigamente, no terreno daquele tipo de ato jurídico que é o contrato, por isso da causa do contrato fala-se no Código Civil (arts. 1325, 1343 ss) como se falava dela no Código anterior (arts 1104 e 1119 ss); desta categoria o conceito trasladou-se à mais ampla do negócio, mas sua ulterior expansão foi algo difícil e trabalhosa, de maneira que não se costuma tratar dela a propósito dos atos processuais e, particularmente, dos atos do processo penal, terreno no qual a vegetação do negócio jurídico não é tão vigorosa como no do Direito Civil”. CARNELUTTI, Francesco. *Lições Sobre o Processo Penal*. v. 3. p. 85.

⁷¹ “Não se deve buscar um nexo de continuidade entre as formas do ato jurídico, menos ainda como as entendia o direito romano clássico (vinculadas, como dissemos à oralidade) e as formas processuais, já que existe um ponto de ruptura no surgimento do sistema inquisitivo e as suas formas rituais e escritas, sustentadas em uma escolástica secundária pelos “práticos” dos séculos XVI e XVII”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 28.

⁷² “O esforço que fizeram os primeiros teóricos do direito processual para extrair o processo do seu lugar científico menor, puramente instrumental e descuidado, sem prestígio na academia, e carente de categorias próprias, levou-os a utilizar todas as grandes categorias do pensamento jurídico para a explicação teórica da atividade processual. Entre elas o binômio “formas-invalidéz”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 35.

objetiva). O réu não necessita provar absolutamente nada. O princípio da presunção de inocência configura-se em uma prova perfeita⁷³. Assim, em relação à forma do ato processual, mesmo que o acusado dê causa à irregularidade do ato, lhe é lícito postular a declaração de nulidade. Muito embora considerável parte da doutrina afirme o contrário, é inaplicável o princípio *nemo auditur propriam turpitudine allegans*⁷⁴, próprio dos atos jurídicos em geral⁷⁵. Em caso de dúvida deverá decidir o juiz a favor da anulação do ato, como manifestação do princípio de favorabilidade⁷⁶.

As nulidades no processo penal exigem uma reconstrução que expurgue tais elementos que lhe ameaçam corromper mediante o tratamento e a sua submissão a uma lógica completamente estranha. Não há como se sustentar nem como se pensar criteriosamente em um fundamento efetivo para a máxima de que o prejuízo deve ser demonstrado por quem alega o vício no processo penal. A simples manifestação de vontade do acusado na declaração judicial de nulidade remete à demonstração, por parte do Ministério Público, sobre a inexistência de prejuízo. O juiz, da mesma maneira, deverá fundamentar o não reconhecimento da nulidade amparado em elementos que autorizem a conclusão de prejuízo não sofrido por parte do acusado.

Como se pode perceber, o princípio da instrumentalidade das formas se encarrega de criar condições dificultosas para o reconhecimento de uma nulidade. Em primeiro plano, deverá haver a demonstração de um prejuízo efetivo (com o qual não se pode concordar com a distribuição da carga probatória), de um dano a interesse legítimo daquele que argüi a nulidade. Em segundo lugar, o próprio postulante deverá trazer à apreciação a vantagem processual que pretende com o reconhecimento da nulidade, tendo-se em vista principalmente a proibição da “decretação da nulidade pela nulidade”. Obviamente, se afeiçoa a uma ilegalidade tolerável. Talvez, o nome que mais trouxesse à baila o verdadeiro

⁷³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*: problemas jurídicos y políticos del proceso penal.

⁷⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 323.

⁷⁵ Na mesma posição Binder: “a nulidade nunca se declara a favor da lei, mas sempre para proteger um interesse concreto, que foi danificado. Este princípio não tem relação com o caráter absoluto ou relativo das nulidades, porém com o sentido das formas. (...) Distinto é também o problema da presunção do dano ou da prova que é necessário realizar. Em todos os casos de violação direta das normas constitucionais, o dano ao interesse protegido é presumido e deverá provar-se que não causou nenhum tipo de prejuízo”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.. p. 16-17.

⁷⁶ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.. p. 99.

espírito de um princípio como o da instrumentalidade das formas seria “princípio da tolerância das ilegalidades”, posto que em última instância, se constitui como uma válvula de escape à gestão da ilicitude processual. Sua função de válvula de escape inclusive vem reconhecida por alguns defensores do nominado princípio como Dinamarco⁷⁷.

Anuncia-se este princípio como uma “evolução” em relação aos sistemas de taxatividade. Nas palavras de Conde Correia, “os sistemas de *numerus apertus* evoluíram, tentando limitar a declaração de nulidade e evitar os seus efeitos perversos, submetendo-se à verificação, em concreto, de um prejuízo efectivo para o interessado”⁷⁸. No entanto, erigem-se outros tantos aspectos perversos, especialmente pela copulação com uma forma de autorização de ilegalidades, para as quais prevê as mais diversas formas de aceitação, dentre elas podendo-se, por hora, falar-se em preclusão, convalidação, não demonstração de prejuízo, ausência de vantagem processual a ser obtida, finalidade do ato atingida.

Apesar da natureza pública do processo penal, o princípio da instrumentalidade das formas cria uma perigosa aproximação a uma modalidade privatista de nulidades, diagnosticada por Fernandes e Fernandes e que significa que “deixa-se a critério das partes o reclamo. Só se decreta a nulidade quando do ato resultou prejuízo e a parte o aponta. Fica a nulidade, assim, dependendo da vontade da parte. Ante sua inatividade, o tribunal – ou juiz – não se movimenta para decretar a invalidez”⁷⁹. O que é o princípio da instrumentalidade das formas se não uma categoria que delega às partes a necessidade de demonstração do prejuízo e vantagem? A distribuição da carga probatória quanto às alegações de prejuízo e vantagem é própria de um sistema privatista, mesclado e relativizado pelo poder do juiz em reconhecer de ofício as nulidades absolutas, que será objeto de tratamento em ponto específico.

De acordo com Grinover, Fernandes e Gomes Filho, “o prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição, sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença”⁸⁰. Uma vez mais, sob

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 158.

⁷⁸ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 27.

⁷⁹ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. p. 18.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 30.

aparência de uma democratização do processo, a fundamentação teórica de certo setor da doutrina se encaminha para submeter e condicionar a decretação de nulidade à verificação de um prejuízo de ranking constitucional. Parece ser absolutamente indemonstrável, para não dizer ficcional afirmar-se que toda a nulidade processual sirva para se evitar lesão ao contraditório. Assim sendo, o princípio do contraditório seria encarado e concebido como uma espécie de “metaprincípio processual”, abarcando todos os demais, o que de antemão é absolutamente reducionista e simplista. Há que se desconfiar destas fórmulas simplificadoras, incapazes de perceber a complexidade imanente ao processo penal.

Como exposto no ponto em que fora apresentada a teoria de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório, no processo penal não existe distribuição de cargas, pelo que, além do direito ao contraditório, há que se reconhecer um direito ao benefício da dúvida. Ofensas ao juiz natural, provas obtidas ilicitamente, enfim, poderiam se resumir ao contraditório? Ao que parece, por razões mais do que cristalinas, a resposta deve ser negativa. O problema da proposta dos autores não se resume a isto. Nem sempre é possível e eficaz reconduzir-se toda e qualquer nulidade ao sistema de garantias constitucionais. Existem formas processuais que concretizam determinados princípios constitucionais, sem que com isso seja necessário atribuir-se a lesão direta àqueles. Para ficar num exemplo, qual a proteção da forma inculpada quando o art. 564, II (ilegitimidade de parte)? A ausência das condições da ação estaria aqui a tutelar o princípio do contraditório? Há a necessidade de se socorrer da cláusula *due process* para autorizar o juiz a declarar a nulidade de um processo instaurado a partir de uma peça processual ajuizada por parte ilegítima?

Se por um lado não se pode resumir toda a matéria das nulidades processuais na referência a princípios constitucionais, pena de se instalar um regime exclusivamente constitucional das nulidades, por outro não se pode evitar – e nem é desejoso que se o faça – que a Constituição da República tutele as formas processuais. Assim, as normas infraconstitucionais e as constitucionais se encarregam de proteger certos interesses, criando um sistema no qual é possível reconhecer formas legais e supralegais (constitucionais) de proteção às formas processuais. Desta maneira, não se pode deixar exclusivamente a cargo da Constituição da República a regulação da matéria, muito embora em inúmeros casos haja a incidência imediata das garantias fundamentais sobre os atos

judiciais. A principal crítica que se coloca à posição dos autores referidos é justamente a de utilizar a Constituição da República como termômetro a fim de detectar a existência de uma violação a uma forma processual. Em outras palavras, retoricamente e de forma perversa, utilizando-se o princípio da instrumentalidade das formas, chega-se perfeitamente à conclusão de que **somente haverá nulidade se houver violação à garantia constitucional (grifo nosso)**. É insustentável e perverso para configurar um dano ou um prejuízo, deverá demonstrar-se a violação de norma constitucional. Frise-se: para que seja declarada uma nulidade processual, não é preciso a existência de violação à norma constitucional. Isto porque, como será referido mais adiante as nulidades absolutas preservam os atos processuais de um prejuízo cuja gravidade é legalmente instituída. De forma conclusiva, pode-se sustentar que nem toda nulidade afetará diretamente garantia constitucional. Entretanto, o contrário é verdadeiro. Toda garantia constitucional violada resultará em nulidade.

Também, sob a ótica dos autores mencionados, ao lado da preservação do princípio do contraditório, as nulidades se encarregariam de preservar a correção da sentença. Aqui surge outro problema, tão ou mais relevante que o anterior. A correção da sentença nada diz respeito à teoria das nulidades. Antes o contrário. Sob a chancela da verdade substancial as formas aparecem como obstáculos à sua consecução. O acertamento da sentença ao fato encontra nas regras e formas processuais um limite. A refutação da verdade material, característica própria do sistema inquisitório encontra nas formas processuais do sistema acusatório a sua limitação. Quando se atribui às formas processuais sua conjugação com a correção da sentença, se está referindo, subliminarmente, que as formas não podem servir de escudo contra o alcance da verdade real. A oposição de danos concretos, da violação de norma de direito constitucional para se ver reconhecida a pretensão de declaração da nulidade surge, como consentâneo do princípio da instrumentalidade das formas, como formas de restrição das nulidades. Uma vez mais, não é difícil que a doutrina se refira ou faça menção à circunstância de que “o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação”⁸¹. “Aqui também é que ganhará corpo a máxima resguardada pelo atual

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 31.

Código de Processo Penal de que não se declarará nulidade de ato que não tiver influído para a apuração da verdade real”.

Como se vê, o princípio da instrumentalidade das formas desempenha consorciado com os seus desdobramentos, um papel de gerir a tolerância das ilegalidades no sistema processual penal contemporâneo. Substitutivo da arbitrariedade do sistema judicial das formas processuais, que encontrava no sistema inquisitorial a sua máxima expressão, o princípio da instrumentalidade das formas, dada sua origem e seus objetivos, instala uma lógica na qual o objetivo perseguido, como no Código Rocco e no atual CPP brasileiro é reduzir as nulidades ao máximo.

Para se ter notícia dos perigos do prejuízo⁸², basta a posição de alguns autores para quem o juiz poderá “amoldar procedimentos” de acordo com a sua conveniência. Encarregado de instituir uma ilegalidade autorizada⁸³, o princípio da instrumentalidade das formas vai de encontro à instrumentalidade constitucional do processo penal. Advertindo sobre os problemas de uma flexibilização do processo penal, Conde Correia assinala que “o legislador não pode desritualizar o processo penal, concedendo aos interessados a possibilidade de escolher a melhor forma de atingir determinado fim, e depois, em nome de um qualquer objectivo inconfessado, sindicat e sancionar essa actividade”⁸⁴. Perceptível que determinadas conveniências políticas podem ser atingidas segundo tal princípio, pelo que há que se desconfiar das pretensas análises que traçam uma relação direta entre democracia e instrumentalidade das formas.

Mas não é só. O princípio *ne päs de nullitè sans grief* vem fortemente associado ao método inquisitorial, segundo o qual a verdade substancial deve ser recolhida independentemente do meio. Como aponta Payá, “la fuerte corriente de doctrina tendiente a dar valor a la finalidad práctica que el acto está destinado a conseguir en el proceso, nos

⁸² “O prejuízo, sem o qual nulidade alguma se pronuncia, é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória; onde o procedimento ficar maculado mas ilesa saia a garantia de participação, cerceamento algum houve à defesa da parte. Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. p. 165.

⁸³ “Concluimos que el perjuicio debe existir en todos los casos y deberá ser alegado por quien tenga interés en la declaración, es decir, por la parte cuando sean sus derechos los afectados o por el juez cuando el vicio comprometa el orden público o se encuentre afectada alguna garantía constitucional”. TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el Proceso Penal*. 4 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 38.

⁸⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 92.

induce a pensar, que en sustancia, lo que está en juego es el triunfo de la verdad material frente a la vieja concepción de la verdad formal”⁸⁵. A instrumentalidade das formas promove uma concepção substancialista de processo penal, exatamente na mesma proporção em que foi adotada pelo sistema napoleônico e pelo próprio Código Rocco que serviu de inspiração ao Código de Processo Penal brasileiro. O art. 566 do CPP se encarrega de traçar um verdadeiro ponto de ajustamento entre o princípio da instrumentalidade das formas e o sistema inquisitório: “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Como se pode perceber, o objeto de declaração de nulidade poderá ser cerceado, limitado, de acordo com o que se possa entender por verdade substancial. Sua vinculação à ordem de ilegalidade congênita é manifesta.

Novamente, acerca do método inquisitorial, se afiguram indispensáveis as palavras de Cordero que denunciam o funcionamento do referido sistema. Essa busca pela verdade exige não apenas o fluxo de palavras. Requisitará uma desformalização dos procedimentos e um ritmo flexível o suficiente para que não se coloquem anteparos na atividade persecutória: congênito ao estilo acusatório, o formalismo desce a níveis ínfimos no inquisitório; onde o processo se torna introspectivo-terapêutico, conta o êxito obtido; aqui o ilegalismo pulula⁸⁶. Basta ao juiz deixar de analisar a prova em sua sentença para que a nulidade daquele ato não possa ser suscitada. É ingênuo, para não dizer mal intencionado um sistema que espera do juiz que se afaste de suas pulsões e da própria contaminação psíquica com o ato nulo. Em realidade a apuração da verdade substancial será aferida na sentença. Ao revés de nulificar o processo, basta não analisá-lo na sentença. A não fundamentação da decisão nestes atos permite assim seguir acreditando que tal ato não contribuiu para a tomada de decisão. O que por si só denuncia a corrupção da forma e a perversão do sistema.

Para finalizar a análise do princípio da instrumentalidade das formas, uma última advertência. Este princípio acaba por introduzir uma simetria que acaba delegando para outras esferas a questão relativa à verificação do descumprimento dos requisitos dos atos processuais. Ocorre uma simetrização entre o ato perfeito e o imperfeito, de molde a se

⁸⁵ PAYÁ, Fernando Horacio. *Fundamento y Trascendencia de las Nulidades Procesales*: la visión de David Lascano. p. 52.

⁸⁶ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 187.

poder concluir que o que diferencia perfeição e imperfeição é a discricionariedade do julgador. Com isso, toda a distinção pertencente à teoria dos atos processuais defeituosos se torna refém de uma política casuística e decisionista.

Facilmente explicável a situação jurídica encontrada nos pretórios nacionais. A ausência de critérios bem definidos é manifestação de uma política de gestão das ilegalidades. Consoante Cordero se o ato perfeito e o imperfeito fossem igualmente eficazes, a qualificação de perfeição se reduziria a uma palavra vazia de significado e entraria em crise aquela categoria lógica que se denomina ‘lei de integridade da tipicidade, fora da qual não é possível qualquer espécie de argumentação jurídica coerente’⁸⁷. Sob este prisma, deixar o encargo da determinação dos atos nulos simplesmente ao arbítrio judicial consiste em um abandono das formas processuais. Ao princípio da instrumentalidade das formas liga-se diretamente a nulidade concebida dentro da estrutura da tipicidade processual, cujo estudo será realizado em momento oportuno.

Uma vez apresentadas as noções gerais do princípio da instrumentalidade das formas, insta passar-se a outro princípio, desta vez com sentido diverso. Trata-se do princípio de taxatividade, que será a seguir examinado.

2.3.2 *Ne Pás de Nullité Sans Texte*;

Pelo princípio *ne pás de nullité sans texte*, entende-se o preceito de que a declaração judicial de nulidade deverá ser proveniente de uma previsão legal, que não somente determine os elementos e requisitos essenciais aos atos judiciais, mas que também comine uma sanção para o caso de descumprimento das formalidades do ato processual.

A doutrina costuma consignar este princípio na esteira de um sistema legalista de nulidades. Inexistirão nulidades a não ser que exista previsão legal que as determine⁸⁸. O magistrado restará vinculado ao aludido sistema legal, cabendo tão somente cumprir os regramentos especificados normativamente. Parte-se de uma noção, perfilada pelo

⁸⁷ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 71.

⁸⁸ “Este aforismo, de origem desconhecida, surgiu do conflito entre o *ius commune* e o *droit coutumier*, representando a resistência individualista aos ordenamentos gerais e simbolizando a conotação negativa das nulidades. De início não significa qualquer exigência de taxatividade, mas apenas que a infração de uma norma de direito francês – *texte* – constituía nulidade, enquanto que a violação de um preceito do direito romano só dava direito à rescisão do acto viciado”. CONDE CORREIA, João *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 65.

positivismo jurídico e tratada por Bobbio⁸⁹ como o dogma da completude do ordenamento jurídico (ilusão esta bem denunciada por Ehrlich). Presume-se que toda a matéria relativa às nulidades pode ser fielmente descrita pelos códigos, incumbindo a tarefa de determinar quais requisitos dos atos processuais consideram-se de relevância, a ponto de se poder falar em invalidade⁹⁰. Desta forma, pode-se sustentar que a inobservância das condições prescritas para os atos processuais é causa de nulidade apenas quando esta seja cominada expressamente pela lei⁹¹. O fundamento, portanto, para se levar adiante o princípio de taxatividade das nulidades reside na circunstância de que “la taxatividad de las nulidades, disponiendo que es necesaria una expresa conminatoria de ley para que la inobservancia de las prescripciones de ley (comprendivas también de los plazos y de las violaciones substanciales) pueda elevarse al grado de nulidad”⁹². Observa-se, nitidamente, certa relação entre o grau de relevância de determinado requisito normativo e a consequência expressa e irrefutável da decretação da perda de seus efeitos.

Este sistema e a posterior crítica que chega para lhe corroer as bases, principalmente a partir do desenvolvimento do princípio da instrumentalidade das formas traz malentendidos e certas doses de incompreensão que ameaçam deslocar o sistema das formas processuais, permitindo uma gradativa erosão do que aqui se convencionou chamar de instrumentalidade constitucional do processo penal. Apesar da repugnância alavancada pelo princípio *ne pās de nullitè sans grief*⁹³ contra o sistema de formas processuais rígidas, a alteração provocada no seio do sistema torna defeituosa, para não dizer malsucedida, a estruturação de um sistema processual no qual sejam mantidas as nulidades absolutas⁹⁴. Como é cediço as nulidades absolutas, que podem ser consideradas como os vícios mais

⁸⁹ Cf BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

⁹⁰ Para Scaparone, no sistema da taxatividade a lei prevê os casos nos quais o ato é inválido e os vícios e desviações da tipicidade que comportam a sua invalidade. No sistema da não-taxatividade a lei demanda ao juiz ou a outro sujeito a individualização dos casos nos quais um ato, pela qualidade e gravidade da imperfeição que o aflige, deve dizer-se inválido. SCAPARONE, Metello. *Procedura Penale*. p. 423.

⁹¹ VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. p. 155.

⁹² LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 699.

⁹³ De acordo com Lisi, é faculdade delicadíssima que recai sobre os poderes discricionários do juiz, decidir se não obstante a irregularidade, o ato igualmente atingiu a sua finalidade em relação a todos os interessados. LISI, Gaetano Contursi. *Le Nullità nel Codice di Procedura Penale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1937. p. 71.

⁹⁴ Segundo Lisi, nos trabalhos de preparação do código de processo penal uma primeira observação toma conta do sistema inteiro: a sanatória resulta confiada à conduta das partes, como se se tratasse de um interesse exclusivo e o Estado pudesse prescindir das normas mais fundamentais do direito processual penal. LISI, Gaetano Contursi. *Le Nullità nel Codice di Procedura Penale*. p. 42.

graves que atingem os atos processuais, originam-se justamente de um sistema de proteção legal das formas processuais.

A invalidação do ato processual que não obedeça a todos os requisitos estipulados legalmente ocasiona, sem a inquirição de prejuízo ou dano, a nulidade do ato. Esta sistemática afilia-se intrinsecamente à estrutura do sistema de taxatividade das nulidades. Havendo previsão legal de nulidade, o corolário imediato do descumprimento das formas processuais é tornar inválido o ato processual praticado na ausência dos elementos informadores. Como adverte Leone, “por eso, si aparecía legítima la crítica contra la supresión de las nulidades absolutas, no se puede aprobar el sistema de la taxatividad de las nulidades”⁹⁵. Em outras palavras, há nítida correlação entre o princípio da taxatividade e o sistema de nulidades absolutas. O princípio da instrumentalidade das formas, que posteriormente acaba tomando conta dos mais diversos ordenamentos jurídicos⁹⁶, contemporaneamente constituindo-se como um princípio fundador em matéria de nulidades, deposita-se como uma negação do sistema de taxatividade. Essa negação terá o condão, pela sua ilegalidade congênita, de paulatinamente suprimir as nulidades absolutas, tornando o processo penal refém, por assim dizer, de um sistema de nulidades relativas. Segundo a análise de Leone, a introdução de um sistema de nulidades relativas no processo penal italiano (que posteriormente redundou na reincorporação das nulidades absolutas num segundo momento) foi obra de um pensamento criminológico alicerçado na escola da defesa social⁹⁷, mormente com Garofalo. A dependência do prejuízo e dano, a fim de se decretar a nulidade de um ato processual é consequência direta da maneira de se conceber o processo. Como detecta Nuvolone a legalidade pode bem ser definida como um limite-garantia que deve ser observada para se atingir a finalidade do processo. Este objetivo se

⁹⁵ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 699.

⁹⁶ Para se ter um exemplo do estado da arte da Espanha, Conde Correia afirma que “a doutrina espanhola tem sustentado que estes normativos consagram um sistema de nulidades não taxativas ou de *numerus apertus*, na medida em que na parte final do art. 238.º e no art. 240.º, n.º 1, estabelecem cláusulas gerais, que permitem o seu alargamento, conforme as necessidades práticas sentidas”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 59.

⁹⁷ Para Nuvolone o princípio do livre convencimento deve ser ao menos em parte, redimensionado se não se deseja perder as conquistas do princípio da legalidade. A garantia representada pelas características jurisdicionais do procedimento não podem ser sobrevaloradas: onde os juízes não são expressão de uma instituição pela sua natureza profundamente democrática é possível uma tirania do poder judiciário. NUVOLONE, Pietro. *Legalità Penale, Legalità Processuale e Recenti Riforme*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvii. n. 1. 1984. p. 06-07.

identifica na realização da justiça e da defesa social⁹⁸. Como se sabe, a escola positiva via o processo como um instrumento para o tratamento de degenerados, patológicos, anormais e perigosos⁹⁹. Um dos recursos a fim de tornar os expedientes processuais avessos às formas e uma ferramenta prevencionista foi exatamente o de suprimir as nulidades absolutas¹⁰⁰. Como apontará Cordero, na Itália acabou-se preferindo o sistema de formas rigorosas em revés da proposta por Garofalo de formas flexíveis¹⁰¹.

Desta maneira, há que se desconfiar da doutrina, em especial a brasileira, que simplesmente afirma a passagem de um sistema legalista (valendo-se do termo em sentido pejorativo) para um sistema instrumental¹⁰².

A taxatividade não significa outra coisa que o entendimento, identificado pela previsão expressa do legislador, da preponderância dos requisitos elementares do ato processual, a ponto de se poder falar em uma gravidade tal que o prejuízo não está só presumido como avaliado concreta e previamente. Desta maneira, não se pode cogitar de nulidades relativas em um sistema de taxatividade, pois além de sua subordinação à verificação do prejuízo/dano alegado por determinado sujeito processual, haveria uma falta de sintonia respectivamente àquela gravidade legalmente prevista (cuja violação torna imprestável o ato). De forma recíproca, um sistema montado sob o princípio da instrumentalidade das formas não tolera ou aceita com muitas dificuldades as chamadas

⁹⁸ NUVOLONE, Pietro. *Legalità Penale, Legalità Processuale e Recenti Riforme*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvii. n. 1, 1984. p. 10.

⁹⁹ Sustenta Nuvolone que a defesa social, compreendida em seu atual sentido histórico se identifica essencialmente com o objetivo de prevenção especial ou até mesmo de defesa contra o delinquente singular, atuando através do processo. NUVOLONE, Pietro. *Legalità Penale, Legalità Processuale e Recenti Riforme*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvii. n. 1, 1984. p. 11.

¹⁰⁰ “El principio de la taxatividad impone otra consecuencia: la de excluir toda indagación acerca de la efectiva existencia de un perjuicio consiguientemente a la inobservancia de las formas garantizadas por la conminatoria de nulidad. En otros términos, se precluye toda investigación del nexo entre la irregularidad y el perjuicio de las actividades procesales. El sistema del nexo, que fuera propugnado por Garofalo, tendía a hacer introducir en la disciplina legislativa de las nulidades la investigación de ese nexo efectivo y concreto entre irregularidad y perjuicio”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 700.

¹⁰¹ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 69.

¹⁰² Assim Grinover, Fernandes e Gomes Filho: “O próprio ordenamento deve estabelecer os critérios que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais; nesse particular, nota-se uma evolução bastante sensível nos ordenamentos modernos: em lugar do denominado ‘sistema de legalidade das formas’, em que o legislador enumerava taxativamente os casos de nulidade, praticamente sem deixar espaço à discricionariedade do juiz na apreciação das consequências do vício, predomina hoje em dia o ‘sistema da instrumentalidade das formas’, em que se dá o maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 28.

nulidades absolutas. Novamente Leone esclarece bem a questão: “la taxatividad está para significar que el nexo ha sido ya reconocido por el legislador, quien, al conminar la nulidad, lo ha puesto como base de ella; el perjuicio está cristalizado en la norma que conmina la nulidad; y se lo presume, por tanto, *iure et de iure*”¹⁰³.

Se criticado por se mostrar um sistema rígido, incompatível com as exigências do processo penal contemporâneo, o princípio da taxatividade não se coaduna com a promoção de uma tolerância à ilegalidade, núcleo duro do princípio da instrumentalidade das formas. Como demonstra Conde Correia, “outra consequência do princípio da taxatividade – e não é de menor importância – é a impossibilidade de submeter a declaração de nulidade à existência, em concreto, de um prejuízo para o interesse jurídico tutelado”¹⁰⁴.

Se há necessidade de se romper com uma radical aplicação do princípio da taxatividade – o que será discutido no âmbito do capítulo seguinte – tal feição certamente não será da mesma forma tratada como a doutrina tradicional propõe. De acordo com o pensamento de Cordero, ao tratar das nulidades absolutas e de seu enraizamento no sistema de taxatividade, não há presunção legal de prejuízo quando da realização precária do ato. O que ocorre é a não observação dos requisitos legais estabelecidos para a realização do ato, não havendo que se cogitar de falar em se atingir a finalidade do ato¹⁰⁵, o que consiste numa prévia proibição à atividade jurisdicional¹⁰⁶. No Brasil, o Código de Processo Penal não prevê norma alguma que determine imediatamente ao defeito do ato processual, a declaração de nulidade. Nas palavras de Mossin, “na legislação processual penal brasileira não existe regra expressa fazendo menção à observância da taxatividade de casos capazes de fazer com que o ato processual seja nulo, o que somente ocorre com o Código de

¹⁰³ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 700.

¹⁰⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 79.

¹⁰⁵ Afirma Cordero que o prejuízo não é tanto presumido, segundo a expressão imprópria que se usa reiteradamente quanto consistente no puro e simples fato de que a figura legal não seja realizada. A ‘realização do fim’, assim, abre uma brecha no sistema da tipicidade fechada contemplada pelo código e tampouco fornece argumentos para se sustentar a superabundância das formas. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 43-44.

¹⁰⁶ De acordo com Scaparone posta uma norma a qual comina a invalidade pelo defeito de um elemento do ato, o juiz não pode escolher se no caso concreto a ausência de tal elemento prejudicou ou não os interesses relacionados ao cumprimento do próprio ato e não pode se negar a declarar a invalidade afirmando que no caso concreto o vício do ato não causou nenhum prejuízo a tais interesses. SCAPARONE, Metello. *Procedura Penale*. p. 424.

Processo Civil”¹⁰⁷. Mostra-se assim infenso (consoante o testemunho oferecido pelo Min. Francisco Campos na Exposição de motivos) às nulidades absolutas, cuja determinação e apuração se consolida no tratamento dado pela jurisprudência e doutrina, no escopo de se poder diferenciar os casos de nulidade absoluta e relativa.

Como sugere Conso, o princípio da taxatividade das formas mantém uma relação muito estreita com a legalidade dos atos processuais. A previsão das nulidades determina especificadamente, quais os requisitos constitutivos do ato, sem os quais se compromete a sua validade¹⁰⁸. Semelhante dispositivo aparecerá no art. 11 do Código Romagnosi: a nulidade absoluta decorre da simples violação da lei¹⁰⁹. Um dos pontos de inegável aproximação à taxatividade das formas é a característica das nulidades absolutas de insanabilidade. A ausência dos requisitos legais denuncia a lógica de tratamento rigoroso dos elementos constitutivos do ato, cuja gravidade é indicada legalmente. Essa gravidade determinará que o ato nulo não poderá ser sanado. Isto é, não haverá meios de torná-lo lícito. De acordo com Corsonello, esta característica preponderante das nulidades absolutas determina a sua separação das nulidades relativas¹¹⁰.

De acordo com Conde Correia, o sistema italiano privilegiou o sistema de nulidades taxativas e rígidas: “o ordenamento jurídico italiano consagra, pelo menos desde 1865, um sistema de nulidades taxativas, procurando restringir a anulação do processado aos casos expressamente previstos em lei”¹¹¹. Apesar de correta a avaliação, não se pode esquecer que na Itália, principalmente pelo Código Rocco, erigiu-se um sistema de nulidades todas

¹⁰⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. 3 ed. Barueri: Manole, 2005. p. 76-77.

¹⁰⁸ Para Conso, analisando o art. 184 do CPP italiano, segundo o qual a nulidade se verifica apenas se expressamente cominada pela lei, se pode dizer que são normas próprias as que prevêm as causas de nulidade (e analogamente, as normas que prevêm causas de inadmissibilidade) que assumem um papel decisivo na determinação dos elementos formais dos atos processuais penais. Tudo o que se exige para que não haja nulidade ou inadmissibilidade é sem dúvida elemento do ato, enquanto não se pode considerar ausente elemento do ato tudo o que está indicado na disposição que define o próprio ato. CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali: perfezione ed efficacia*. Milano: Giuffrè, 1955.p. 111.

¹⁰⁹ ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia*.

¹¹⁰ Para Corsonello tomando-se por pressuposto que a nulidade deve ser taxativa, a nulidade relativa é a irregularidade que vicia o ato, que, portanto, é nulo, ineficaz; não pode jamais atingir a relação processual integralmente e é sempre sanável: quando é insanável se trata evidentemente de nulidade absoluta, assim, é o critério de sanabilidade o traço distintivo da nulidade absoluta e relativa. CORSONELLO, Carlo. *La Norma e L'Atto Processuale Penale*. Padova: CEDAM, 1958. p. 81.

¹¹¹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 75.

sanáveis, posteriormente reintroduzindo-se as nulidades absolutas. E tal postura é repisada na Exposição de Motivos do CPP brasileiro.

Como anteriormente apontado, o princípio da instrumentalidade das formas flerta com modelos totalitários de processo penal. Não é à toa que Manzini preferirá o sistema de nulidades relativas. Mesmo quando a lei determina a nulidade do ato, o que está a indicar o sistema de taxatividade, o processualista italiano consegue ainda, oferecer interpretações que possam restaurar o modelo suprimido. Nesse sentido, veja-se a orientação de que quando a lei não prescreve a sanção para o descumprimento do ato é porque não se trata a condição não cumprida de aspecto essencial daquele¹¹². Da mesma forma, o Código de Processo Penal francês, de 1808, ressaltará parca ou nenhuma aplicação do modelo legal de nulidades¹¹³. Evidencia-se, assim, o paulatino ingresso de uma nova concepção de nulidade, subordinada ao prejuízo e ao dano. “Os sistemas não taxativos ou de *numerus apertus* subordinam, cada vez mais, a declaração de nulidade à verificação, em concreto, de um prejuízo efectivo para o interesse jurídico violado”¹¹⁴.

No entanto, o rigor no tratamento das nulidades de acordo com o sistema legal de taxatividade, a fim de permitir uma atualização do ordenamento jurídico-processual, criará outra figura jurídica¹¹⁵. A fim de se poder tornar sem efeitos determinados atos processuais, cuja declaração de nulidade restaria inviabilizada pela ausência de previsão legal surgiu a figura da inexistência¹¹⁶. Como apontará Calamandrei, o princípio da especificidade em

¹¹² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. p. 105.

¹¹³ Sensível aos valores que então informavam o processo penal, o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 era avaro em matéria de nulidades explícitas – ignorando-as por completo durante a fase de instrução preparatória – mas admitia a existência de outras nulidades, mesmo que *la peine de nullité ne fut pas textuellement attachée à l’absence de formalité dont l’exécution aura été demandée ou requise*. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 65.

¹¹⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 86.

¹¹⁵ “Originalmente a teoria da inexistência foi concebida como uma chave mestra para escapar da asfixia que provocava a rigidez do sistema de nulidades explícitas, entretanto, pouco depois de estar, tanto na França quanto aqui, admitiu que a nulidade não necessariamente devia ser expressa”. LÓPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales: en la doctrina y la jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 18.

¹¹⁶ “El empirismo de la distinción se manifiesta en las mismas fórmulas usadas para distinguir las dos categorías, y se hace más notoria en la absoluta incertidumbre que reina sobre la individualización de los actos inexistentes. La verdad es que la distinción es fruto de un notorio equívoco, en cuanto la validez del acto está siempre en función de su conformidad con la hipótesis legal y, por lo tanto, cualquier diversidad hace al acto inexistente o nulo como quiera decirse, sin posibilidad de distinguir entre diversidades grandes o pequeñas. Fuera de la hipótesis legal no hay acto, casi en sentido naturalístico, al que se pueda atribuir una existencia o que tenga sus condiciones de existencia”. SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I. Buenos Aires: EJEA, 1971. p. 236-237.

matéria das nulidades é que, por sua inflexibilidade, gestará o conceito de inexistência processual do ato inválido¹¹⁷. O que se pode concluir é que o princípio da taxatividade se desenvolve, portanto, na modernidade, gerando o conceito de inexistência a fim de se poder restringir o alcance da inflexibilidade legislativa. Posteriormente, surge o princípio da instrumentalidade das formas, que atualmente pode ser encontrado facilmente nos mais diversos países ocidentais¹¹⁸. Esta problemática entre um modelo rigoroso e outro flexibilizado terá repercussão no âmbito das provas ilícitas. Em países como Itália e Argentina, juntamente com o tratamento das nulidades (concebidas geralmente como sanções), se verifica a pena de inadmissibilidade. Assim como a prova ilícita, o objetivo é evitar que ingresse no processo determinados meios de provas ou atos ilegais ou inconstitucionais. De regra, a inadmissibilidade, ao contrário das nulidades, cuja tendência é se orientar pelo princípio da instrumentalidade das formas, se guia, via de regra, pelo princípio de taxatividade. Todavia, encontram-se posições que tendem a unificar principiologicamente nulidade e inadmissibilidade a partir da instrumentalidade das formas: o princípio de taxatividade encontra aplicação não apenas em matéria de nulidade, mas também em matéria de inadmissibilidade, com a consequência que dita causa de invalidade possa ser limitada somente quando a expressa previsão ou, contudo a inequívoca formulação da norma a consinta¹¹⁹.

Um problema central que será tratado *a posteriori* diz respeito à progressiva flexibilização das provas ilícitas, acentuando-se o caráter excepcional das *exclusionary rules*. Assim, cada vez mais teorias como *independent source*, *inevitable discovery* entre outras, para ficar naquelas mencionadas na reforma processual penal brasileira, traz a mesma dimensão de plasticidade que opera no âmbito das nulidades sob o manto da instrumentalidade das formas.

A ultrapassagem de um modelo legalista das formas processuais dá margem a que se possa falar numa acentuada difusão do caráter relativo de toda nulidade. O perigo de contágio para as provas ilícitas é real e concreto. Com as gradativas reduções dos âmbitos

¹¹⁷ Cf CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Buenos Aires: EJE, 1978.

¹¹⁸ “La antigua máxima ‘pas de nullité sans grief’ recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruridos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir e la desviación de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes”. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 318.

¹¹⁹ CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Commentario Breve al Nuovo Codice di Procedura Penale*. Padova: CEDAM, 1995.p. 177.

de proteção dos direitos fundamentais, a tutelar a privacidade, intimidade, em prol de investigações policiais descontroladas, é possível falar-se numa espécie de instrumentalidade das formas também em matéria de prova ilícita.

Desta maneira, verificável que exista, na proteção das formas processuais (englobando-se a prova ilícita) uma tensão entre a proteção das liberdades fundamentais que acabam sendo deixadas de lado em nome de uma eficientista persecução penal sem limites. O primado das hipóteses sobre os fatos indica que a verdade substancial atinge o seu apogeu, ao passo que as formas processuais, cada vez mais amoldáveis ao caso concreto – o que conta com o beneplácito dos catedráticos de que falava Roberto Lyra Filho – anunciam uma espécie de “necessidade da discricionariedade judicial” quando em jogo interesses de caráter constitucional.

Evidentemente, se por um lado não se pode mais sustentar um sistema legalista das formas nos moldes de um princípio de taxatividade estrito, não se pode abandonar a necessidade de adequação legal mínima. Ao final do presente tópico possível assumir-se que o sistema de taxatividade, apesar dos defeitos que podem acarretar um modelo radicalizado ao máximo, estreita-se com as nulidades absolutas, que não toleram relativizações. Assim, forçoso reconhecer-se a existência de uma necessidade de se prever as hipóteses de nulidade, não se podendo deixar ao arbítrio do magistrado a sua verificação.

Representa de igual forma, uma espécie de proteção contra a desformalização do processo penal, que subordina a nulidade à demonstração de prejuízo ou dano. As nulidades absolutas são assim, garantias de que os atos cujo vício os inquiere não serão reputados como ilegalidades toleradas (finalidade do ato atingida). De toda sorte, para a manutenção das nulidades absolutas num sistema processual penal é inevitável falar-se em legalidade das hipóteses de sua declaração judicial. De igual maneira, a sua previsão normativa estabelece a sua não suscetibilidade à instrumentalidade das formas. Ou seja, descumprida a formalidade não se poderá validar o ato mesmo que em tese e aparentemente obtida a finalidade imediata. À evidência, evitando-se o exagero de não se reconhecer nulidade não prevista legalmente, representa importante garantia contra a desformalização material que invade gradativa e progressivamente as mais diversas searas do processo penal.

A seguir, na continuidade do exame dos princípios relativos às nulidades processuais penais, será tratado o princípio da causalidade.

2.3.3 Princípio da Causalidade

O próximo princípio em matéria de nulidades posto a exame é o da causalidade. De maneira singela, tal preceito se encontra contido na máxima de que o ato nulificado poderá, quando presente uma relação causal, estender-se aos demais atos jurídicos conexos¹²⁰. Assim como na prova ilícita pode haver uma cadeia de ilicitude hábil a promover uma transmissão da nódoa relativamente às provas subseqüentes, a nulidade, desde que presente uma relação de causalidade entre ato contaminado e ato subseqüente, transmitirá o vício de um ato processual a outro. Em breve síntese, a nulidade poderá atingir não apenas um determinado ato, mas se estender a ponto de inquinar atos subseqüentes, numa espécie de continuidade da nulidade originária. A doutrina por vezes traça um diferencial entre nulidade originária e derivada. Pelo primeiro conceito deve entender-se o ato que, analisado individualmente, não é realizado de acordo com os requisitos legalmente estabelecidos. A nulidade derivada por seu turno consistiria no ato processual atingido pela decretação de nulidade de maneira extensiva, isto é, embora a realização do ato em si não contenha uma invalidade, a sua integridade resta violada pela transmissão de um vício. Diga-se *en passant*, juntamente com Guarneri, que o princípio da causalidade deve-se à teoria da relação jurídica¹²¹, pelo que se pode antecipar, devidamente, a problemática da análise estática do ato judicial.

Do ponto de vista de um processo penal fundamentado sobre uma instrumentalidade constitucional, evidentemente que não se pode aventar o respeito às formas processuais tão somente pelas lentes dos atos processuais isolados. Há aqui o prenúncio de uma montagem constitucional dos atos processuais, que devem seguir estritamente os requisitos exigidos normativamente. A possibilidade de extensão de um vício a ponto de se poder atingir atos realizados muitas vezes à distância do primeiro implica, originariamente, uma preocupação que se poderia denominar conglobada dos atos processuais. De toda sorte, retornando-se à análise do direito processual penal brasileiro, possível encontrar disposição normativa expressa acerca do princípio da causalidade no art. 573, § 1º do CPP: “a nulidade de um

¹²⁰ SCARPELLO, Gaetano. I Riflessi della Dichiarazione di Nullità sil Corso del Procedimento Penale. In *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Indice Generale Dell'Annata. Milano: Giuffrè, 1956.

¹²¹ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. p. 22.

ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

Este princípio encontra formas de expressão em muitos países de tradição continental. A idéia de contaminação dos atos jurídicos não é nova. A transmissão de invalidade também é encontrada na teoria dos atos jurídicos, pelo que se poderia afirmar ser um traço da cultura jurídica ocidental, uma vez que ninguém poderá obter vantagem de atos ilícitos¹²².

Entretanto, para a análise que aqui se propõe, uma vez que o objetivo fundamental da presente investigação é denunciar uma subserviência da teoria das nulidades ao sistema inquisitorial (e paralelamente demonstrar a impossibilidade de simetrias entre o processo penal e o direito e processo civil), é preciso avançar. A primeira questão que deve ser ventilada é aquela que recai sobre a relação de causalidade.

De fato, como é possível identificar uma relação de causalidade entre a nulidade originária e a derivada? Quais os elementos indispensáveis ao reconhecimento da conexão entre ato-nulo-originário e ato-nulo-derivado? Tais perguntas não são respondidas pela doutrina, que via de regra pouco ou nada fala sobre tal relação obscura. Na ausência de critérios é a própria discricionariedade do magistrado que acabará por decretar a aludida relação nulificadora. Servem de sustentáculo para o princípio da causalidade determinadas decisões dos tribunais superiores, pelo que se pode remeter àquela relação viciosa entre doutrina e jurisprudência anteriormente denunciada.

Não obstante essa aridez dogmática a respeito de tão relevante tema, não é possível furtar-se à busca de elementos razoáveis que forneçam parâmetros mais rígidos na perfectibilização da relação de causalidade. Em primeiro lugar, não se pode concordar com a necessidade de demonstração da relação de causalidade entre os atos processuais. Essa necessidade de cristalização da causalidade para decretação de nulidade dos atos subseqüentes é ainda um rançoso fruto da concepção que consagra o processo como uma mera seqüência de atos (ou relação jurídica). Não é preciso um raciocínio deveras profundo

¹²² “No sistema jurídico francês os efeitos da declaração de nulidade restringem-se, em regra, ao acto anulado. Porém, algumas nulidades reputadas de maior gravidade transmitem-se, por força da lei ou decisão judicial, aos actos posteriores, viciando todo o processado ou, pelo menos, parte deles. Acresce que, os actos declarados nulos, nomeadamente os actos de recolha de prova durante a instrução preparatória, são retirados do processo ou cancelados, sendo interdito aos magistrados e aos advogados recolher neles qualquer informação”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 74.

para se chegar à conclusão de que a cadeia de nulidade prolifera em primeiro plano, sempre linearmente, como se possível fosse conceber a complexidade processual pelas lentes de uma seqüencialidade de atos. Como corolário lógico, a higidez processual é garantida pela ruptura entre os atos processuais, o que comprometeria a transmissão da nulidade originária à derivada. Novamente, tem-se em mira uma concepção isolacionista dos atos judiciais. Conserva-se a validade do ato processual desde que não presente a referida relação causal de prejudicialidade. Qual a natureza que determinaria a relação causal? Relação lógica? Cronológica? Axiológica? Em primeiro ponto, não se pode descurar da presunção de regularidade dos atos processuais¹²³, matéria que ao cabo acaba por fazer recair sobre o imputado, nas mais das vezes o interessado na declaração de nulidade, a carga da prova do prejuízo e da vantagem processual. Novamente, têm-se certos problemas para com a instrumentalidade constitucional do processo penal.

A idéia de causalidade é uma falsa categoria que pretende oferecer critérios seguros a fim de se determinar a validade/invalidade de um determinado ato processual¹²⁴. O direito, desde as concepções neokantianas, não se conforma na modalidade de estabelecimento de relações causais. Evidentemente, não dispõe de verificadores empíricos para fazê-lo. O direito é conduzido, antes, por critérios de imputação, o que garante que uma determinada relação jurídica não produza exatamente os mesmos resultados que os fatos da vida cotidiana. Um singelo exemplo permite aclarar a diferença entre causalidade e imputação. Pense-se no exemplo da autoria incerta em direito penal (sem que com esse exemplo se esteja aqui a fazer um juízo de valor sobre a correição da solução jurídica). Dois acusados por homicídio, no clássico exemplo, atentam contra a vida da vítima, sem que seja possível descobrir-se quem deu causa à sua morte. Não há vínculo subjetivo a unir os desígnios. Ambos agem independentemente um do outro. Na hipótese aventada, embora a vítima tenha falecido - algo por decerto inegável na esfera cotidiana - o direito não poderá, pelo princípio da presunção de inocência, admitir a condenação de um ou de ambos pelo delito de homicídio. A ausência de critérios que permitam identificar, com certa dose

¹²³ Para Croquez a cassação de uma decisão judicial é uma coisa grave em si mesma por que constata e sanciona uma lesão a uma noção, que é a presunção de regularidade dos atos. CROQUEZ, Albert. *Précis des Nullités en Matière Pénale*: manuel pratique de procédure criminelle. p. 06.

¹²⁴ Sobre o ideário de certeza que operaria no processo penal, Massa dispõe que se pode dizer que sempre que se reduz a possibilidade de anular, impugnar ou fazer valer o vício de um ato jurídico, se satisfaz a exigência de certeza que opera no processo, justo porque se tem por certo e definitivo um determinado ato processual, uma determinada situação processual. MASSA, C. *L'Acquiescenza nel Processo Penale*. p. 64.

de probabilidade a autoria da conduta que determinou a morte da vítima significa dizer que o máximo que se poderá estabelecer é o delito de homicídio em sua modalidade tentada. Como se percebe nitidamente, apesar da morte da vítima, não se poderá punir nenhum dos dois acusados pelo homicídio consumado. Isto pelo fato de o direito trabalhar a partir de critérios de imputação e não de relações causais.

Retornando-se à questão das nulidades originárias e derivadas, nem sempre se evidencia um nexo causal (entendendo-se como tal o binômio causa-efeito). A não-predicabilidade do segundo em relação ao primeiro permite reconhecer-se que a demonstração de uma relação na qual possam ser identificados dois núcleos de invalidade como dependentes de uma imperfeição processual é construção frágil, para não dizer insuficiente.

Um segundo problema concernente à temática diz respeito às nulidades relativas, a exigir demonstração de prejuízo. A vicissitude de natureza relativa ensejaria a transmissibilidade da eiva? Aqui, novamente a doutrina silencia a respeito, demonstrando com isso que os princípios em matéria de nulidades, longe de convergir para uma sistematização, diagnosticam uma espécie de palimpsesto. Como aponta Cordero são inválidos, sob a espécie de nulidade absoluta, todos os atos sucessivos ao momento em que, sob o pressuposto de um determinado perfil histórico e de certo nomen jûris, do fato contestado se poderia postular a inadmissibilidade da demanda¹²⁵. O processualista italiano está aqui a tratar do tema da rejeição da denúncia, o que para o direito brasileiro se resolveria no recebimento de uma denúncia inválida. Todavia, como fio condutor, o núcleo de transmissão da vicissitude, que permite o tratamento da causalidade como matéria integrante de ambas as categorias (inamissibilità e rejeição).

Ao se observar o critério de imputação, para ficar com premissas neokantianas, inadmissível cogitar-se de atribuição de efeitos causais entre atos originariamente nulos e derivados. Uma vez mais, a teoria da situação jurídica pode trazer aqui alguma inspiração para a solução dos problemas. Sem refutar-se a complexidade processual, a extensão das nulidades poderá ser determinada pela noção de perspectiva/expectativa de uma sentença desfavorável. Aqui, a relação de causalidade é substituída pela de imputação no exato

¹²⁵ CORDERO, Franco. La Decisione sul Reato Estinto. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. v. v. 3, 1962. p. 706.

momento em que se procura abandonar o triângulo da relação jurídica. Assumir a complexidade do processo penal e se colocar ao lado de sua instrumentalidade constitucional exige uma análise que: a) parta da inexigibilidade de qualquer ônus ou carga de demonstração de causalidade pelo acusado; b) com apoio na teoria da situação jurídica, o critério de causalidade é substituído pelo de expectativa/perspectiva de uma sentença desfavorável. Assim, o ponto em questão está no questionamento e também no redimensionamento da análise sobre o fato de a acusação se valer de um ato nulo e este ato nulo representar ou não a perspectiva de uma sentença desfavorável. Para que se tracem novos contornos a respeito da relação de dependência entre atos processuais nulos e seus derivados, imprescindível a sua interpretação a partir de um núcleo indissociável de todo ato processual, conglobado no horizonte da sentença vindoura. Se o ato nulo influenciar os subseqüentes na construção de uma tese acusatória, cabível declarar-se a nulidade destes atos praticados a *posteriori*.

A fluidificação de situações jurídicas muitas vezes impede o reconhecimento de uma relação de causalidade entre os atos processuais. A constante disrupção de atos processuais, a prática de outros tantos que estabelecem uma espécie de fissura entre os referidos atos processuais torna de difícil demonstração empírica a pretensa causalidade, o que, conjugada à indemonstrabilidade da conexão, concebe o ato subseqüente como válido. Se a causalidade responde a uma relação de dependência, de forma clara que tal relação se implementa no que se refere à sua natureza jurídica, como uma conexão lógica. No entanto, mais do que evidente que a mera adequação lógica é insuficiente para dar conta de um conjunto de situações jurídicas que muitas vezes não dependem da lógica. Ao se assumir a perspectiva de uma sentença desfavorável como um dos parâmetros para avaliação da extensibilidade da nulidade, sua natureza jurídica converge para um patamar axiológico¹²⁶. Não se pode esquecer que analogicamente, em termos de provas ilícitas, o efficientismo persecutório é garantido, contemporaneamente, a partir de exceções as *exclusionary rules*.

¹²⁶ “A nulidade (absoluta ou relativa), desde que declarada, pode contaminar os atos processuais antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, ou não contaminá-los”. BREDA, Antonio Acyr. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal. *In Ciencia Penal*. a. VI. n. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 105. Também Romero: “el efecto extensivo de la nulidad no sólo puede alcanzar actos posteriores, sino también anteriores y contemporáneos al declarado nulo, mientras que ello es prácticamente inimaginable en el campo de las exclusiones probatorias, donde en la actividad de recolección de evidencias cada elemento probatorio va conduciendo a otro, que resulta siempre posterior”. ROMERO, Sebastián G. Ineficacia Expansiva de los Actos Procesales. *In Pensamiento Penal y Criminológico*. a. V. n. 8, 2004. p. 151.

Por exemplo, a teoria da fonte autônoma é trabalhada como uma ruptura na dependência lógica entre causa-efeito. A prova independente é adquirida como uma espécie de negação da extensibilidade, o que por outras palavras significa ingresso de informações baseadas em provas ilícitas. O mesmo problema é posto em cena pela teoria da descoberta inevitável. Os argumentos operam na descontinuidade.

Forçoso reconhecer-se que a dependência da lógica para decretação da extensibilidade de um ato nulo é pouco eficaz para se opor limites à ilegalidade congênita ao modelo inquisitorial. Como se poderia opor uma eficaz ferramenta de impugnação de uma prova ilícita articulada a partir dos significantes amórficos que conduzem à descoberta inevitável ou à fonte independente? A perspectiva de uma sentença condenatória pode oferecer algumas respostas. A primeira delas pela simples circunstância de que a informação utilizada como chanceladora de uma condenação ser tributária de uma tese acusatória. Esta tese acusatória, por seu turno, exige a observância do princípio de congruência entre acusação e sentença¹²⁷. Nesse diapasão, a informação obtida, mesmo tomando-se por base uma “fonte independente”, retorna ao seio da acusação, de forma a promover uma espécie de repristinação da informação “não-obtida” da prova declarada como inadmissível. A perspectiva de uma sentença desfavorável auxilia na construção de limites definíveis, a partir da proibição de obtenção de informação centrada sob um núcleo de invalidade. Aquele evento fático cujo alicerce acusatório fora excluído não pode se reificar com o retorno de novas provas cuja base empírica encerre uma maneira velada de se repetir a informação excluída. A derivação da nulidade alcança inclusive atos que aparentemente nada tinham em relação àquela informação excluída. No entanto, ao se retirar de análise a mera dependência lógica, logo se percebe que uma fonte autônoma poderia estar significando a repetição de informação excluída. Se o novo ato se amoldar à tese acusatória cuja base probatória fora declarada nula, há aqui uma presunção de extensibilidade do vício, justamente pela circunstância de inclusão de uma repetibilidade implícita de informação excluída ou não-admitida. A vedação não seria do tipo lógico, senão axiológico. Proíbe-se a repetição tácita de uma informação centrada, sobretudo em ato nulo.

¹²⁷ ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes*: pretensión, oposición, fallo.

Para que logre êxito uma reconstrução da relação de dependência axiológica, imantada pela perspectiva de uma sentença desfavorável e sua estreita relação com o princípio da congruência entre acusação e sentença, deve-se reconhecer que as exceções à causalidade buscam como finalidade mascarada a repetição de informação inadmissível. Se as exceções à causalidade operam num plano de ruptura da relação de dependência lógica, os limites no processo penal devem não se satisfazer com aquela relação de dependência. Assim, é possível decretar-se a extensibilidade do vício pela moldagem da nova informação a fato contido na acusação e agregado como informação repetível¹²⁸. A teoria da situação jurídica, de Goldschmidt permite observar-se a interação entre os atos processuais, de molde que o próprio princípio da causalidade não pode ser sufragado pela teoria da relação jurídica. Ao contrário da estática da relação jurídica, o encadeamento de atos, a interdependência entre os atos processuais – matéria de base da teoria das nulidades – está a sublinhar a dinâmica. Obviamente, um ato processual por si só não possui relevância ou significação absolutizando-se. A trama, os aspectos multifários que emanam do ato ao ato, respirando pelas formas obedecidas ou descumpridas permite que o processo seja vislumbrado pela ótica da situação jurídica¹²⁹. Assim, para Goldschmidt, as situações jurídicas processuais “sólo tienen significado en relación a la sentencia judicial como objetivo del procedimiento respecto de lo cual, sólo son estados de transición, que miradas las cosas con exactitud, no presentan, en general, ninguna relación jurídica entre las partes, a la que por si le pueda corresponder alguna significación jurídica”¹³⁰. Nas palavras do próprio Goldschmidt, “os direitos processuais não são mais nada do que prognósticos de causalidade”¹³¹.

O princípio da causalidade e a sua dependência de uma relação lógica entre a nulidade originária e derivada, apesar de poderem ser apreendidos pelas lentes da concepção de Goldschmidt, ainda é inábil a explicar as relações axiológicas. Assim, a renovação de informações, atos processuais refeitos tomando-se por base informações

¹²⁸ De forma diversa Cordero afirma que entre os atos de aquisição da prova falta um nexo de verdadeira e própria dependência e assim exclui uma propagação automática da nulidade: a prova constituída invalidamente não pode ser usada na decisão final embora não vicie o ato seguinte da atividade probatória. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 39.

¹²⁹ Cf SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teoricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 40.

¹³⁰ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teoricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 42.

¹³¹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 65.

proibidas, enfim, a problemática dos limites da verdade e a sua busca, o conflito entre os modelos processuais repercute diretamente na teoria das nulidades¹³². Segundo Fazzalari o regime de validade e eficácia de qualquer ato do procedimento, e daquele final é atingido pela regularidade ou irregularidade do ato que o precede, e influi sobre a validade e sobre a eficácia dos atos dependentes, que se seguem¹³³.

Como se vê, à guisa de conclusão, apesar de vigente em inúmeros países de tradição ocidental, o princípio de causalidade não consegue responder a problemas que escapem à ordem da relação de dependência lógica. Demais disso, percebe-se outra questão conexa. A nulidade e sua extensibilidade dirigem-se tão somente aos atos necessários e não aos eventuais¹³⁴. De acordo com o art. 566 do Código de Processo Penal brasileiro, “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Uma vez mais, está-se diante de um princípio de economia da decretação das nulidades. Vincula-se a sua declaração à relação com a pretensa verdade substancial¹³⁵. Além da relação causal, exige-se como critério a ligação entre a nulidade e a futura sentença.

De acordo com o anteriormente exposto, evidente que a perspectiva de uma sentença desfavorável, além de romper com a relação lógica entre nulidade originária e derivada, destaca a interdependência entre ato processual e decisão judicial. Apesar do artigo 566 do CPP estar ligado a um pensamento próprio do sistema inquisitorial, a sua morfologia expressa a imprestabilidade do conceito de causalidade a fim de explicar a cadeia de transmissibilidade dos vícios. Como sustentado, é preciso pensar-se para além da mera linearidade e estagnação dos atos processuais cultivada por uma teoria da relação

¹³² De acordo com De Marsico, a extensibilidade é o caráter essencial da nulidade. O problema se encontraria, para o autor, no limite, a saber: na apreciação do âmbito no qual a nulidade opera, devendo igualmente rejeitar-se os dois critérios opostos da nulidade de todo o procedimento como consequência da nulidade de apenas um ato, e da nulidade circunscrita ao ato singular, ou aos atos singulares não afetados. DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. 3 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1952. p. 139.

¹³³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. p. 80.

¹³⁴ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 36-37.

¹³⁵ Como adverte Oliveira, em comentário ao referido artigo, “embora se saiba que o juiz deverá sempre motivar o seu convencimento (livre convencimento motivado ou persuasão racional), a prova resultante de ato processual nulo poderá influir na subjetividade do ânimo do julgador, com consequências danosas aos interesses do prejudicado e também da jurisdição penal. Deve-se atentar para a circunstância (mais freqüente que pode parecer) de pretender o juiz demonstrar o seu convencimento a partir de outras provas, possivelmente ou evidentemente insuficientes, quando na verdade teria sido convencido, efetivamente, por ocasião do ato processual cuja nulidade veio a ser reconhecida”. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 675-676.

jurídica. O art. 566 do CPP permite a aproximação à conclusão de que a transmissibilidade das vicissitudes não pode ser conduzida pela dependência lógica da causalidade. Como aponta Cordero as fontes romanas estendem este cânone ao mecanismo judiciário: os atos compõem uma série linear; qualquer anomalia, da incompetência aos defeitos do contraditório, prejudica os efeitos; contaminado pelos precedentes, o ato final ‘non valet’.¹³⁶ Como destaca Lopes Júnior, ao comentar a imprestabilidade do princípio de causalidade “a compreensão da complexidade que envolve as diferentes situações processuais surgidas (Goldschmidt) e da inegável vinculação e prejudicialidade entre elas, evidencia o erro daqueles que pretendem limitar a contaminação dos atos anteriores em relação aos posteriores e, principalmente, ao ato final (sentença)”¹³⁷. A falência da relação lógica, principalmente se diante de um conjunto de atos que envolve crimes de maior complexidade (v.g. crimes econômicos) entabula uma relação significativa entre, por exemplo, atos pertencentes às medidas acautelatórias e o próprio mérito. Pense-se em mais um exemplo. Imagine-se uma autorização para seqüestro de um bem supostamente produto de lavagem de dinheiro. A lei de lavagem de dinheiro afirma que a carga da prova, a fim de liberação dos bens está a cargo do interessado. Sem a prova da licitude, os bens continuarão seqüestrados. Que a não-liberação desta carga poderá influenciar no mérito do processo parece indubitável¹³⁸. Entretanto, se este ato constritivo for nulo, por exemplo, pela incompetência do juiz? Evidentemente, a relação de dependência lógica se esgotaria na relação de atos contida no procedimento incidental. Todavia se esquece da relação de prejudicialidade da própria não-liberação da carga probatória. Pela ótica da perspectiva/expectativa da sentença desfavorável, lógico que a medida acautelatória deveria acarretar inclusive a nulidade do ato de recebimento da denúncia, uma vez que o material de suporte fático da cautelar e do processo principal é similar. A perda da imparcialidade deveria acarretar não apenas o refazimento do ato como a exclusão da competência do magistrado que atuou em ambas as demandas, principal e acessória.

Esta perspectiva não poderia ser acolhida com base numa análise meramente formal existente entre a dependência de um ato originário e outro derivado. Como Iasevoli aponta

¹³⁶ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 441.

¹³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 401.

¹³⁸ Opera-se uma espécie de presunção de culpabilidade: “se o imputado não prova a licitude de seus bens deve ser logo, culpado”.

“processo é transformação”¹³⁹, o que sob a análise da instrumentalidade constitucional do processo equivale a “privilegiar a atividade posta em seu ser no processo, a fim de reivindicar sua valência garantista em seu significado de primado da lei em sua versão de “proceder”¹⁴⁰. Iasevoli inclusive propõe que o juízo de anulabilidade dos atos judiciais seja projetada a partir de um nexo funcional e não meramente ocasional. Se como leciona Iasevoli a relação é simbiótica e não temporal, o segundo não pode sobreviver sem outro a fim de lhe ter dado origem¹⁴¹. Existiria, assim, um “direito de se defender provando” e o princípio de legalidade processual deverá ser entendido na mesma dimensão daquele material inerente às regras probatórias (*in dubio pro reo*), a alegação de nulidade poderá dar ensejo aquilo que se pode conceber como atuação preventiva do juiz¹⁴². Evidentemente, o princípio da causalidade parte de um pressuposto que separa a causa da invalidade da própria invalidade, permitindo a criação de uma relação de dependência entre ato criador e ato criado (originalidade e derivação)¹⁴³. Surge, como aponta Dinacci, como uma exceção, mantendo-se a presunção de regularidade do ato bem como se submetendo ao princípio da instrumentalidade das formas a invalidação sucessiva constitui uma exceção ao princípio, segundo o qual a validade de um ato se fixa no momento no qual o mesmo é formado e não mais tarde¹⁴⁴. Finalmente, cumpre salientar que o princípio de causalidade partirá de uma radicalização do conceito de procedimento, não se furtando a uma mera noção de

¹³⁹ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli: CEDAM, 2008. p. 22.

¹⁴⁰ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 58.

¹⁴¹ Para Iasevoli a propagação dos efeitos invalidantes exige a verificação de um nexo funcional e não de mera dependência ocasional. Pode-se dizer que o ato eivado de nulidade derivada encontra no seu antecedente a causa de sua invalidade. Por isso a relação é ‘simbiótica’ e não temporal, no momento em que, excluindo o primeiro, o segundo não pode sobreviver autonomamente. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 269.

¹⁴² De acordo com Galati se se considera que a nulidade de um ato se põe como causa potencial de nulidade dos atos consecutivos, resultará evidente como a intervenção de ofício se enquadra perfeitamente naquela atividade preventiva e direta de eliminação de causas de nulidade: o juiz tem o dever de ofício de intervir não tanto para declarar uma nulidade relativa, mas para prevenir ulteriores nulidades. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1970. p. 36.

¹⁴³ Segundo Galati é de manifesta evidência que nenhuma, entre as mais modernas e convincentes teorias propugnadas sobre o nexo etiológico pode fornecer elementos úteis para distinguir o comportamento que ‘dá causa’ do comportamento que ‘concorre a dar causa’ à nulidade: nem a teoria *conditio sine qua non*, uma vez que essa não permite a diferenciação entre eventuais diversidades entre o antecedente causal de um fenômeno nem a teoria da causalidade humana exclusiva, uma vez que essa apenas pode estabelecer em quais casos a uma conduta se imputa uma consequência. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 91.

¹⁴⁴ DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. 2 ed. Padova: CEDAM, 1978. p. 227.

seqüencialidade de atos, incapaz de permitir uma fértil concepção de processo ligada à complexidade das chances processuais¹⁴⁵.

Exposta a sistemática do princípio da causalidade e advertidos dos aspectos precários de sua configuração teórica, cumpre dar um passo além e colocar em exame outro princípio concernente à teoria das nulidades. Trata-se do princípio da convalidação do ato processual penal defeituoso.

2.3.4 O Princípio da Convalidação do Ato Processual Penal Defeituoso

O princípio da convalidação do ato processual penal defeituoso diz respeito à evitação de declaração da nulidade, quando sanada a causa da invalidade. Fala-se aqui em sanção ou convalidação do ato viciado, de acordo com o advento de uma determinada condição¹⁴⁶.

Este princípio de convalidação está intimamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas, já visitado alhures. Se o ato processual penal, apesar de realizado em desconformidade com o preconizado legalmente, atingir a finalidade a que se destinara, não será reputado inválido. Ademais, principalmente no que diz respeito à chamada nulidade relativa, em caso de a parte prejudicada não argüir a nulidade oportunamente, o ato processual será considerado como válido. Assim, possível afirmar-se que “el principio de conservación de los actos procesales importa tener a estos como válidos si han sido efectuados de un modo apto para el logro de la finalidad a que estaban destinados; por lo tanto su nulidad es la excepción y sólo producirá efectos luego de la existencia de un pronunciamiento judicial al respecto”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Para Moscarini todas as teorias que vêm no procedimento uma sucessão de fatos ou atos jurídicos ligados entre si pela finalidade são globalmente precárias porque fazem daquele uma categoria de natureza substancial. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 34.

¹⁴⁶ De acordo com Nassif, “convalidação, de sua parte, não significa mais do que admitir o ato viciado ou defeituoso entre os demais para tê-lo definitivamente integrado no complexo processual e, por isto, torná-lo inválido como os demais, ou melhor conválido com os demais. O vício/defeito é desconsiderado e o ato perpetua-se como qualquer outro juridicamente hígido na cadeia dos praticados no feito”. NASSIF, Aramis. *Considerações Sobre Nulidade no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 15.

¹⁴⁷ LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005. p. 142.

O Código de Processo Penal brasileiro trata da matéria da convalidação no art. 572. Dispõe o nominado artigo que: “As nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g, h* e IV, considerar-se-ão sanadas: I – se não forem argüidas em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II – se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III – se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos”.

Preliminarmente, o artigo destaca a sanabilidade das nulidades descritas no art. 564, III, alíneas “d” e “e”, “g” e “h” bem como o inciso IV. São os casos referentes a: 1) a intervenção do Ministério Público em todos os atos processuais nos casos de ação penal pública e nos relativos à ação penal privada subsidiária da pública; 2) os prazos concedidos à acusação e à defesa (de acordo com a redação do art. 572, a sanabilidade diz respeito somente à segunda parte da alínea “e”, pelo que afastada as questões relativas à citação e ao interrogatório do réu); 3) a intimação do acusado para a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri; 4) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos na lei; 5) omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Com a reforma do Código de Processo Penal, algumas observações se mostram necessárias. A primeira delas refere-se à intimação do acusado para a sessão de julgamento. Atualmente, pela redação do art. 457 do CPP, “o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto”, devidamente intimado. Se houver a ausência de intimação, obviamente o acusado deverá ser julgado novamente, não podendo se falar em um julgamento à revelia. Isto porque o seu interrogatório, já na fase de plenário, é instrumento de autodefesa, causando sérios danos à proteção de seus interesses, mormente o da plenitude da defesa exigida constitucionalmente.

Uma segunda observação se faz imprescindível. Os institutos do libelo-crime acusatório e contrariedade ao libelo foram abolidos pela recente reforma do procedimento do Júri (art. 422). Com as novas disposições normativas, não haverá adiamento da sessão do Tribunal do Júri pela ausência das testemunhas, sejam elas arroladas pela acusação ou defesa. De acordo com o art. 461 do CPP, o adiamento poderá se dar se as testemunhas arroladas que não comparecerem forem gravadas com a chamada cláusula de imprescindibilidade (requerimento para intimação via mandado). Todavia, este adiamento será realizado uma única vez, havendo julgamento no caso de certificação pelo oficial de

justiça, de não se localizar a testemunha no endereço indicado pelas partes (art. 461, § 2º). Evidentemente, se houver a imprescindibilidade da oitiva das testemunhas e no caso destas não serem intimadas, poderá haver, em caso de realização de julgamento, a declaração de nulidade.

Nos demais casos previstos no art. 572 mantêm-se a sua atual constituição, sem maiores problemas com as alterações do processo penal. Todas estas nulidades consideradas sanáveis poderão ser convalidadas nos casos de: 1) preclusão temporal (inciso I); 2) quando o ato atingir sua finalidade (inciso II); 3) consentimento em relação aos efeitos, mesmo que tácito (inciso III).

De regra, o momento oportuno para a alegação da nulidade, sob pena de se reputar sanado o ato processual viciado é o das alegações orais nos procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo (ou apresentação de memoriais, que já se tornou uma praxe na prática forense, mesmo em se tratando de procedimentos sumário e sumaríssimo). Com relação ao procedimento relativo ao Tribunal do Júri, o momento oportuno para a alegação da nulidade verificada na instrução preliminar é aquele das alegações orais, enquanto se houver alguma nulidade na fase preparatória à sessão, caberá ao magistrado diagnosticá-la no momento processual descrito pelo art. 431 do CPP, isto é, anteriormente à intimação para a sessão de julgamento. Se a nulidade ocorrer em plenário, nada impede que o juiz a reconheça de ofício ou, mediante o pedido de uma das partes, seja transcrita em ata a irregularidade, a fim de servir de preliminar em eventual e futuro recurso interposto por uma das partes.

De acordo com a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro, além da preclusão, a finalidade atingida (instrumentalidade das formas) e o consentimento tácito relativamente aos efeitos da decisão seriam suportes normativos da sanatória, nos mesmos termos dispostos pelo CPP italiano¹⁴⁸. Referentemente ao consentimento do acusado, não é possível admitir-se que este possa simplesmente aceitar, mesmo que tacitamente, sofrer prejuízo decorrente da prática irregular de um ato. Na maior parte dos casos é vedado ao acusado, face ao princípio da ampla defesa, dispor de direitos processuais responsáveis pela garantia do equilíbrio de armas. Não parece razoável que se

¹⁴⁸ Para Massa, diante de um ato nulo reclamável ou a uma atividade impugnável, a parte, sobre a qual incide o prejuízo, tem à sua disposição duas possibilidades: a) invalida o ato ou impugna a atividade; b) aceita o ato ou a atividade. MASSA, C. *L'Acquiescenza nel Processo Penale*. p. 93.

possa admitir em prejuízo do réu uma espécie de concordância com a violação de preceitos legais que, salvo raras exceções, estão inscritos no ordenamento processual como ferramentas contra o abuso estatal. Flexibilizar ou admitir transações tendo como objeto os direitos fundamentais não parece a melhor solução. De certa maneira, não se pode descurar do espírito nutrido pelo Código de Processo Penal, avesso às formalidades, o que se conforma, como amiúde apontado, ao gosto do modelo inquisitorial.

Não apenas o consentimento do acusado como sanatória, mas o cultivo de uma adoção expansiva da instrumentalidade das formas parece consistir no tecido que reveste a lógica do CPP. Não é de estranhar que o Ministro Francisco Campos dedique capítulo importante no tratamento das nulidades. Assim, nas palavras do expositor, “o projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa”. Igualmente, a insanabilidade da nulidade é considerada como exceção, afirmando-se que “fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade”. E finalmente, no ponto que momentaneamente mais nos interessa, continua Francisco de Campos alertando para a circunstância de que se a parte não argüiu oportunamente a nulidade, “nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argüi-la”.

Esta argumentação demonstra como o processo penal brasileiro é subserviente a um modelo totalitário de gestão da justiça criminal, principalmente pela devoção quase cega à persecução de fins próprios da defesa social. No entanto, a doutrina pátria, em sua larga maioria, sequer se dá conta de que certos princípios - como este em comento - servem de viga mestra para um ilegalismo congênito. Por exemplo, de acordo com Rangel, o processo penal não deve ser considerado como um fim em si mesmo. Pelo contrário, motivado pelos princípios da celeridade e economia processual¹⁴⁹ identifica que “se não obstante a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática desse ato”¹⁵⁰. Como se percebe, há aqui um relativismo dos direitos fundamentais a ponto de se cogitar falar em uma “sanabilidade” mesmo das nulidades

¹⁴⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 700.

¹⁵⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. p. 700.

insanáveis. Por vias diversas, (re)instala-se a mesma (i)lógica do sistema italiano, pela qual as nulidades absolutas foram retiradas por completo, embora reintroduzidas algum tempo depois.

O princípio da convalidação do ato processual penal se encontra voltado sobre uma concepção da nulidade como um defeito do negócio jurídico. Com efeito, a convalidação é justamente o princípio pelo qual se tenta, a todo custo, manter o negócio jurídico (princípio da preservação do negócio jurídico) hígido. Em nome de fórmulas mágicas como segurança e certeza jurídicas, o negócio jurídico é mantido. A sua transposição para o seio do processo, principalmente pela vigência na França da teoria do quase-contrato, ocasionando o impulso de categorias do direito civil para a seara processual (civil e posteriormente penal) é incompatível não apenas com a natureza jurídica das nulidades. Mas também se torna irreconciliável com a instrumentalidade constitucional do processo penal¹⁵¹. Liebman refere tal princípio como princípio de conservação do ato judicial processual¹⁵². Uma vez mais, trata-se de uma lógica da prevalência da tolerância à ilegalidade. “o princípio da conservação da atividade processual deve ser reconduzido ao instituto da sanatória em sentido lato, pela eliminação do vício e pela ratificação”¹⁵³.

Os problemas não residem unicamente na problemática por óbvio evidente no tratamento de uma teoria geral da invalidade. Atos jurídicos e processuais não possuem elementos rigorosamente simétricos a ponto de se poder falar em uma relação co-axial. Muito embora guardem algumas características, principalmente pela sua inserção na cultura romanística e posterior sujeição ao princípio genealógico (Legendre), há diferenças que exigem tratamento autônomo das respectivas categorias. Assim, aqui divergindo da doutrina nacional, é preciso rever-se o posicionamento da questão¹⁵⁴.

¹⁵¹ “El principio de conservación, que tiene vigencia y tratamiento en la Teoría General del Derecho, cumple en el proceso la misma función que en el resto del ordenamiento jurídico; la seguridad y la certeza jurídicas imponen que se conserve la validez de los actos procesales cuando la nulidad de los mismo acarrea o puede acarrear más perjuicios que beneficios”. MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. p. 295.

¹⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 239.

¹⁵³ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 176.

¹⁵⁴ Desta maneira discorda-se de Rangel que, apoiado na Exposição de Motivos e toda a sua tendência fascista adverte que “A Exposição de Motivos do Código salienta que *ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade* (Exposição de Motivos, item XVII). Ou seja, a regra é a perfeição, o respeito às prescrições legais; a exceção é o defeito do ato, com a conseqüente sanção de invalidade. Assim, não pode a parte alegar que o ato defeituoso que não lhe trouxe prejuízo nenhum deva ser desconstituído em um apego excessivo ao formalismo. A formalidade na prática do ato objetiva um determinado fim e, se este é

Um aspecto central que deve ser ressaltado é o de que a sanatória acaba constituindo uma espécie de “tipicidade complexa”, como alguns processualistas italianos defendem. De acordo com De Biaggio a sanatória, com efeito, pode ser definida como uma tipicidade complexa a formação progressiva, na qual à inicial verificação da nulidade, segue um ato ou comportamento sucessivo viciado, fazendo desaparecer a causa de nulidade¹⁵⁵. É inegável que o princípio da convalidação é um componente que integra como exceção, a forma processual. As hipóteses normativas que contemplam a convalidação são elementos das próprias regras que prescrevem a forma dos atos processuais.

Assim sendo, para os defensores da nulidade como sanção processual (e a sua imbricação à teoria do tipo processual), a convalidação deve ser necessariamente um componente de uma tipicidade complexa, o que não resta evidenciado na grande parte da doutrina processual penal brasileira, que passa à margem dessa questão central. A convalidação, a sanatória de um ato processual passa a integrar a previsão dos elementos normativos de determinado ato processual. Nas palavras de Leone, “hay que reconocer que, en el caso de invalidez de un acto procesal, pueda éste valer como otro acto, cuando el primero ofrezca todos os elementos formales y substanciales del segundo... *“utile per inutile non vitiatur”*”¹⁵⁶. O que se percebe facilmente é que o princípio da convalidação, concretizado pela substanciação de hipóteses normativas passa a se justapor ao ato processual como elementos de um ato complexo, integrado a dois tempos. Assim, o ato processual encerra determinados requisitos, cuja hipótese normativa de convalidação passaria a integrá-lo. Assim, se a nulidade corresponderia à ausência de determinados elementos normativos do ato, a convalidação se trataria da exigibilidade da argüição de nulidade se adequar a moldes de tempo, lugar, essencialidades dos atos ou mesmo até da consecução da finalidade do ato. Se um ato sem requisitos gera a invalidade, uma nulidade somente ocorrerá uma vez inexistentes as hipóteses de convalidação, ligadas a uma tipicidade residual e substitutiva, capaz de afastar a invalidade pela reentrância de um ato processual no lugar de outro. Desta maneira, a mesma relação de dependência do ato para com a inexistência de nulidade está a incrustar a relação entre nulidade e convalidação.

alcançado, sem prejuízo para as partes, não há que se falar em nulidade”. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. p. 700.

¹⁵⁵ DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. Napoli: Morano Editore, 1964. p. 276-277.

¹⁵⁶ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 726.

Trata-se como mencionado, de atos complexos que se integram mutuamente. Nas palavras de Conde Correia, as causas de sanabilidade do ato processual podem ser consideradas como “factos, actos ou comportamentos sucessivos do interessado na declaração de nulidade que, coligados ou coordenados com o acto inválido, suprem o requisito viciado e integram uma nova *fattispecie* complexa à qual são atribuídos os efeitos jurídicos que teriam sido atribuídos ao acto nulo se este não fosse viciado”¹⁵⁷. Como aponta Cordero, assim, a respeito das nulidades absolutas, sobrevém uma sanatória se nenhum dos interessados a deduza nos termos estabelecidos na pressuposição de que o órgão judiciário não a declarou de ofício, renovando o ato¹⁵⁸.

De acordo com as palavras de Conde Correia a primeira espécie de convalidação e a mais visível é o decurso do tempo¹⁵⁹. No direito português também se encontra o consentimento da parte processual. Assim, “trata-se, em ambos os casos, de um acto ou de uma manifestação da vontade do interessado posterior ao acto nulo, semelhante à confirmação dos negócios anuláveis no direito privado e que não se confunde com o silêncio ou a simples inércia”¹⁶⁰. Como se percebe facilmente pelo que já fora denunciado anteriormente, cuida-se de uma concepção privatística da nulidade. Continuando na trilha de pensamento do processualista português, “em terceiro lugar, o acto inválido considera-se sanado quando, apesar de viciado, conseguir o resultado que a lei pretendia”¹⁶¹. Por seu turno, Grinover, Fernandes e Gomes Filho detectam três elementos para a convalidação: “que o ato, mesmo atípico, tenha atingido sua finalidade; que não tenha havido prejuízo para as partes; que o contraditório tenha sido preservado”¹⁶². Tomando-se por base os princípios constitucionais e o princípio da instrumentalidade das formas, os defeitos consideram-se como inexistentes na ocorrência da preservação das condições alhures referidas.

¹⁵⁷ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 83.

¹⁵⁸ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 444.

¹⁵⁹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 83.

¹⁶⁰ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 84.

¹⁶¹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 84.

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 36.

De acordo com o direito processual penal brasileiro, em seu art. 568 do Código de Processo Penal brasileiro, “a nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”. Trata-se, como está identificado no corpo da norma, de problemas referentes à ação penal privada e suas espécies. O problema na procuração do advogado poderá engendrar nulidade passível de ser convalidada, no teor do Código de Processo Penal. Também o art. 569 do Código de Processo Penal brasileiro acarretará nulidade sanável: “as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final”. Trata-se de casos de aditamento, no qual poderá o Ministério Público, de acordo com o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal brasileiro, acrescentar fatos ou réus à denúncia formulada. Além dessa previsão, como nulidade sanável dispõe o art. 570 do Código de Processo Penal brasileiro que “a falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte”.

Sem ingressar no mérito dos artigos referidos, verifica-se uma extensa gama de nulidades sanáveis, hábeis a serem convalidadas pelo advento das condições estipuladas normativamente¹⁶³. Como integrante de uma tipicidade complexa, é possível atribuir-se aos atos processuais integrados uma espécie de dimensão subsidiária. Nas palavras de Conde Correia, “se ocorrer uma causa de sanação estes efeitos precários tornam-se definitivos, integrando uma *fattispecie* complexa, com carácter subsidiário, à qual são atribuídos os efeitos dos actos *ab initio* válidos”¹⁶⁴. E aqui é que se encontram muitos problemas, principalmente pela questão relativa à natureza jurídica das nulidades (tipo processual e sua ligação à sanção) e sua adequação a uma instrumentalidade constitucional do processo.

¹⁶³ O direito português segue a mesma linha: “por último, ao lado dessas causas gerais de sanação das nulidades, entendidas num sentido amplo e compreensivo, o legislador consagrou a comparência do interessado e a renúncia a comparecer como causas específicas para a sanação da nulidade de citação, dos avisos e das notificações”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 85.

¹⁶⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 128.

Desta forma, “não se compreende muito bem como é que um facto posterior pode atribuir a um acto anterior a produção de efeitos que, na altura da sua génese, não se verificaram”¹⁶⁵.

A sanatória está ligada necessariamente a nulidades ditas relativas. As nulidades absolutas, de acordo com a doutrina tradicional, não comportam vicissitudes sanáveis. Os dispositivos anteriormente mencionados dizem respeito à aplicação do princípio da convalidação às nulidades relativas, embora parte da doutrina ainda faça menção ao princípio do prejuízo aplicado às nulidades absolutas, o que não pode ser admitido.

A tipicidade complexa decorrente do advento da sanatória, que passaria a integrar a hipótese normativa dos requisitos do ato processual como condição negativa tem estrutura similar à famosa teoria negativa do tipo em sede de teoria geral do delito. Nesta, a tipicidade reuniria a ausência das excludentes de ilicitude, confirmando a tipicidade como *ratio essendi* da ilicitude. No caso das nulidades relativas convalidáveis, os requisitos de validade do ato processual se somariam a condições negativas. As nulidades relativas poderiam ser lidas como o descumprimento da forma processual somado à ausência de causa sanatória. A irregularidade somente se consumaria com a ausência do saneamento. É preciso salientar que esta concepção justapõe a invalidade a uma causa de não decretação, uma verdadeira excludente de ilicitude processual. A sanação não é mais do que o não-advento da invalidade, tributável a uma nova causa, a conceder validade a um ato inicialmente inválido. O principal problema da sanatória é trabalhar com causas de expurgo de invalidade, operando-se com causas que frequentemente aparecem como as mesmas utilizadas pela doutrina civilista quando do tratamento dos vícios da vontade ou congêneres.

Em ritmo de conclusão após o excursus pelo princípio da convalidação, verifica-se um grande número de casos no processo penal brasileiro sujeitos às regras da convalidação. Estes casos tratam de nulidades relativas, seguindo aqui a distinção proposta pela doutrina tradicional. Como foi observado, há ausência, nos estudos sobre a temática, de um redimensionamento do problema da tipicidade complexa, o que gera uma efetiva ligação das nulidades à teoria do tipo processual assim como à nulidade como sanção. A convalidação também se dá numa concepção privatística de processo, o que permite

¹⁶⁵ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 128.

atribuir-se, ao processo penal brasileiro, um misto de modelo inquisitorial e de conceitos próprios do campo privado, cuja funcionalidade em um processo penal acusatório é contraproducente.

Verificou-se, por igual oportunidade a subserviência do modelo de sanção à gestão de ilegalidades, ampliando-se as exigências legais a fim de se decretar uma nulidade. Além do prejuízo a ser demonstrado, requer-se a argüição da nulidade em momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como não poder a parte processual conformar-se com os efeitos do ato (consentimento).

Desta maneira, a fim de alavancar a proposta de exame crítico das nulidades processuais, o princípio de convalidação, tal como aparece no panorama do processo penal brasileiro, é uma estrutura ínsita ao modelo inquisitorial. Aceitando-se aqui a proposta de releitura de Salo de Carvalho¹⁶⁶, por lidar o processo penal com direitos humanos, partindo-se da inversão do princípio da regularidade dos atos de poder, bastaria a alegação de nulidade pela defesa para a carga probatória - que ensejaria a demonstração da inexistência do prejuízo - passar à acusação (aquilo que Binder identificou como princípio da favorabilidade).

Restaria, assim, como corolário lógico, a convalidação limitada ao âmbito daqueles atos cuja reprodução seria prejudicial ao acusado. Assim, se o magistrado puder absolver o réu ao revés de decretar a nulidade processual, nesse caso seria possível a admissão de uma “convalidação”. Os casos e a releitura do princípio serão mais bem examinados no capítulo posterior.

Para finalizar o presente tópico é preciso passar-se pelo exame da obra de Binder, que acaba diagnosticando, numa tentativa de reformulação da teoria do ato processual penal irregular, que “o centro explicativo da teoria das nulidades, enquanto técnica de preservação dos princípios protetores do imputado é, pois, o saneamento ou reparação”¹⁶⁷. Para o autor, o saneamento consistiria “no restabelecimento de um princípio constitucional (em sentido amplo) que foi lesionado pela atividade processual defeituosa”¹⁶⁸. Algumas

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 77.

¹⁶⁷ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 81.

¹⁶⁸ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 82.

considerações se fazem necessárias para se poder ventilar o acerto ou equívoco da proposta do processualista argentino.

Em primeiro lugar Binder parte de duas premissas. A primeira delas consiste na veiculação do modelo inquisitorial a uma formalidade estrita, podendo servir como uma espécie de “decretação da nulidade pela nulidade”. Assim, a atual teoria das nulidades se prestaria a manter a atual configuração de uma cultura inquisitiva. O segundo aspecto a ser considerado residiria no fato de a decretação de nulidade poder servir para outros fins que não aqueles propriamente de garantia do acusado. A declaração de nulidade poderia consistir em uma técnica de reprimenda de determinados atos instrutórios. Em outras palavras, se trataria de uma maneira de, uma vez se declarando o ato nulo, poder refazê-lo, extraindo informações não apreendidas anteriormente. Binder advoga que esse “ritualismo” serviria para se renovar a indagação¹⁶⁹.

Binder acerta ao diagnosticar a existência de uma cultura inquisitiva que ameaça as democracias contemporâneas. Sua tese vem ao encontro do sustentado no capítulo I, sobre o predomínio da razão instrumental nas burocracias ocidentais. Todavia, a transformação do sistema inquisitorial ainda mantém uma relação conspurcada com a verdade, não sendo deixada de lado. Para além do grande inquisidor, uma máquina inquisitorial. Este o sentido de uma cultura inquisitorial. Todavia, isto não transforma o mesmo sistema inquisitorial num refém de um ritualismo. Pelo contrário, justamente a ausência de limites bem definidos e rigidamente articulados é que se pode manter o bom funcionamento desta máquina, que a exemplo do conto de Kafka¹⁷⁰, inscrevia na carne do culpado a sentença. A ilegalidade congênita é uma marca indelével do sistema inquisitório. Assim sendo, um sistema de legalidade fechada, que parece ser o endereço da crítica de Binder, não responde necessariamente por um modelo inquisitorial.

Um segundo aspecto merece consideração. Binder detecta brilhantemente que o sistema de invalidade dos atos processuais penais pode servir como forma de recaptura de informações perdidas, pelo que o seu refazimento significaria renovação destinada a colher

¹⁶⁹ “A ruptura das formas obriga a uma ação positiva de restauração do princípio (por isso elas funcionam como garantias). Entretanto, a partir da ideologia do ritualismo, utilizou-se essa quebra formal para restaurar o “mero trâmite”, mas isso não de um modo inocente ou neutro, mas para dar “uma nova oportunidade” à interrogação, à indagação como atividade central do processo”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 72.

¹⁷⁰ KAFKA, Joseph. *Na Colônia Penal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

novos elementos de prova. Esta realmente consiste em uma prática do sistema inquisitório. Representa, todavia, sintoma de um ilegalismo endêmico, mais do que significa um legalismo. Repisando o que já fora sublinhado no capítulo antecedente, o ilegalismo endêmico aqui tratado se consubstancia na aplicação/desaplicação das normas processuais ao caso em concreto. Que o sistema inquisitorial desconhecia as nulidades se trata de um grande erro. Contudo, afirmar que o mesmo sistema observava fielmente as regras postas para limitar o poder também soa falso. A oscilação entre uma aplicação rigorosa das nulidades e a sua não-aplicação sintetiza a ilegalidade congênita. Anulam-se os atos, numa aplicação rigorosa das nulidades quando o objetivo é recuperar alguma informação não obtida ou quando o desejo é fazer o processo penal retroceder a determinado ponto, tendo em vista a possibilidade de renovação de provas ou mesmo a produção de novas, quando já estava encerrada a instrução e aquela informação se poderia perder. Aqui correta a avaliação crítica de Binder. Entretanto, muitas vezes – basta pensar-se nas regras da tortura que seguidamente eram excepcionadas – fazia-se vistas grossas para as regras. Novamente tendo em vista a instrução e a busca da verdade. Portanto, é extremamente reducionista pensar-se o sistema inquisitório como erigido em uma vertente ritualista/legalista ou como ausente de regras. A ilegalidade congênita significa a manipulação semântica propiciada pelo sistema, o que permite recuperar-se a dimensão da verdade e se instalar uma incapacidade para se prever o conteúdo dos atos processuais. Tudo isto contando com o inquisidor, o grande mestre que detém a gestão probatória.

Apontadas estas arestas, a proposta de Binder de instaurar o princípio do saneamento como centro da teoria das nulidades liga-se a esta visão do autor em considerar o sistema inquisitorial como um modelo formalista. Para o autor, o saneamento equivalerá não ao restabelecimento da forma, mas de um princípio violado¹⁷¹. Binder tentará sustentar a teoria das nulidades a partir de três conceitos: a) reparação ou saneamento para os casos em que é possível restaurar um princípio violado; b) convalidação para os casos de

¹⁷¹ “Sanear não equivale a restabelecer uma forma, mas um princípio. Em muitas ocasiões o restabelecimento da forma não só não significa restabelecer o princípio, mas, ao contrário torna configurar uma nova violação do princípio e o agravamento da situação inicial”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 82.

absorção do defeito e c) nulidade como declaração de invalidade que privaria de efeitos o ato viciado¹⁷².

Não se pode concordar que a convalidação de um ato processual praticado à míngua de seus requisitos normativos possa se adequar a uma concepção democrática de processo, justamente, como pelo apontado, ser o ilegalismo um dos pilares de funcionamento do sistema inquisitório. Desta arte, apesar do diagnóstico de Binder se encontrar correto, manter o princípio de convalidação e aplicá-lo em todos os casos, indistintamente significa manter o legado totalitário e estabelece uma espécie de primado da verdade substancial, que privilegiaria o conteúdo em detrimento da forma. Demais disso, em primeiro lugar, o processo penal deve estar centrado sob a proteção do hipossuficiente, pelo que salvo raras hipóteses teria o Estado a faculdade de decretação da nulidade por afronta a ato que prejudique a acusação. E isto decorreria da própria conclusão de Binder sobre a restauração de um princípio violado. Teria o Estado direitos fundamentais? A resposta deve ser negativa. É justamente no momento em que as instituições passam a ter “direitos humanos” que se estará lidando com o fenômeno da inversão dos mesmos¹⁷³. Desta arte, o princípio da convalidação além de não trazer benefício algum ao acusado, que é o objeto de proteção primordial do Estado no processo penal (instrumentalidade constitucional), permite cogitar-se de uma restauração de princípios violados, na mais das vezes atrelada a uma atividade estatal persecutória. Como será apontado no capítulo subsequente, completamente dispensável falar-se de convalidação do ato processual penal à luz de sua instrumentalidade constitucional. Encerrando a explanação sobre o princípio da convalidação, passa-se ao exame do princípio do interesse.

2.3.5 Princípio do Interesse

O princípio do interesse é manifestação do adágio latino que afirma que a ninguém é lícito beneficiar-se de sua própria torpeza. De acordo com o art. 565 do Código de

¹⁷² BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 81.

¹⁷³ Cf HINKELAMMERT, Franz J. *El Asalto al Poder Mundial y la Violencia Sagrada del Imperio* San José: DEI: 2003; HINKELAMMERT, Franz J. *La Inversión de los Derechos Humanos: el caso John Locke*. In HERRERA FLORES, Joaquín. *El Vuelo del Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée du Brouwer, 2000. HINKELAMMERT, Franz J. *Sacrificios Humanos e Sociedade Ocidental: Lúcifer e a besta*.

Processo Penal brasileiro, “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. No mesmo compasso do dispositivo pátrio, Leone adverte que “las partes no pueden excepcionar las nulidades provenientes de disposiciones en cuya observancia no tengan interés”¹⁷⁴.

A vedação à alegação de nulidade se dá por razões suficientemente lógicas. De fato, a parte que alega a nulidade poderia beneficiar-se mediante o descumprimento de alguma formalidade essencial. Descumprimento cuja razão principal seria a de justamente possibilitar a sua alegação no futuro. Entretanto, à evidência, alguns limites precisam ser bem erigidos a fim de se poder traçar os contornos relativos à instrumentalidade constitucional do processo penal. Nas palavras de Cabral Netto, “a nulidade não pode aproveitar a quem lhe deu causa ou para a qual tenha concorrido. Não pode alguém se valer de sua turpidez para invocá-la posteriormente em seu favor”¹⁷⁵.

Este princípio parece restar fora do alcance das aludidas nulidades absolutas (cuja distinção com as relativas é artificial e será tratada a seu tempo)¹⁷⁶. Isto por uma razão elementar. O importante a ser verificado no tratamento jurídico das nulidades não deve residir no problema – vital para o direito civil embora despiciendo para o processo penal – do pólo ativo de cuja manifestação de vontade emana a vicissitude. Isto é, o princípio do interesse ainda se encontra afeito ao direito civil, mormente pela corrente que considera a nulidade como um vício do negócio jurídico.

Apresenta-se curial para a teoria do negócio jurídico, principalmente nos atos anuláveis regulamentar a manifestação de vontade e seus decorrentes vícios, de molde a permitir-se purgar ou não uma alegação de irregularidade na formação volitiva. Não é difícil perceber-se que o brocardo supracitado que proscree a extração de benefícios da própria vilania se enquadra em uma concepção de ato jurídico, no qual de regra há interesses disponíveis e muitas vezes se encontra em face de anulabilidades.

¹⁷⁴ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 718.

¹⁷⁵ CABRAL NETTO, Joaquim. *Instituições de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 350.

¹⁷⁶ “Deve haver certa relativização à este princípio, pois o processo penal busca, outrossim, proteger direitos públicos subjetivos do acusado. Destarte, por exemplo, se o juiz entender que o advogado contratado pelo réu é deficiente, a ponto de tornar o acusado indefeso no júri, o magistrado dissolverá o conselho e determinará a nomeação de outro defensor. Veja que neste caso, a defesa foi quem deu causa para a emersão da nulidade, porém, frente ao princípio da plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, “a” CF), bem como do art. 497, V do CPP, o interesse público se sobrelevará”. CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no Processo Penal*. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 39.

O processo penal, com certeza, passa muito longe desse itinerário e horizonte. O primeiro ponto que permite a ilação de claudicância da adequação irrestrita do princípio do interesse se justifica a partir do momento em que no processo penal não se pode falar em direitos disponíveis. Não há como se compatibilizar a declaração de vontade com os princípios do processo penal constitucional, a não ser que a célebre máxima carneluttiana, de que “a vontade é a matéria-prima do direito”¹⁷⁷ pudesse ser aplicada sem restrições ao campo das nulidades, o que por diversos motivos é inaceitável. Da mesma forma, os atos processuais não podem ser considerados meros estratagemas a fim de se poder, com êxito, lograr vantagens. Se não é possível afastar o aspecto polemogêneo do processo, o que equivale a reconhecê-lo como um campo de incerteza, do jogo (situação jurídica), reconhecê-lo em seu simples aspecto de obtenção de vantagens ignora a faceta constitucional da forma processual.

As nulidades absolutas não comportam este exame sobre a conveniência da arguição da invalidade. Muito embora um ato seja realizado precariamente, a alegação de nulidade, por parte de quem deu causa à deficiência do ato não deverá ser obstada. A valência dos princípios constitucionais não permite a sua relativização mediante regras de caráter infraconstitucional. De acordo com a doutrina tradicional, “aún cuando concurren los presupuestos de viabilidad de la nulidad procesal, su declaración no procede si la parte interesada consintió expresa o tácitamente el acto defectuoso”¹⁷⁸. Veja-se que uma vez mais a doutrina se socorre de elementos inerentes à declaração de vontade. Tendo-se por base esta problemática, novamente vem à tona a questão concernente à carga probatória. O princípio do interesse mantém uma relação estreita com a carga da prova e sua aplicação à teoria das nulidades. Segundo o magistério de Manzini, “el onus probandi (carga de probar) incumbe a quien quiere hacer valer la nulidad, y no ya a quien tenga interés en excluir la existencia de esa misma nulidad”¹⁷⁹. Justamente aquele que dá causa à nulidade não estaria autorizado a exigir a sua declaração¹⁸⁰. De acordo com Grinover, o fundamento do

¹⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Campinas: Russel, 2005. p. 41.

¹⁷⁸ LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 132.

¹⁷⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. p. 125.

¹⁸⁰ Praticamente reproduzindo as palavras de Manzini, “es de incumbencia y a cargo de quien quiere hacer valer una nulidad, la carga de la prueba y no lo es a quien tenga interés en excluir la existencia de esa misma nulidad”. DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1982. p. 73.

princípio do interesse diz respeito às vantagens que podem ser obtidas com a declaração da nulidade¹⁸¹.

Desta maneira constata-se um forte limite à utilização desmedida do princípio do interesse, justamente pelas questões de ordem constitucional implicadas. Nesse sentido, a Súmula 523 do STF trata de matéria semelhante: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. O primeiro ponto a servir de questionamento é o seguinte: a deficiência de uma defesa poderia ser argüida pelo próprio defensor que deu causa à alegação? Evidentemente que a nulidade atuará no presente caso como uma espécie de garantia do acusado. Nesse caso, mesmo que se possa admitir que a defesa deu causa a um ato deficiente, a sua declaração judicial é possível em nome dos princípios conformadores da instrumentalidade constitucional do processo penal.

Há a necessidade de revisão da matéria disciplinada mediante a súmula 523 do STF. As nulidades não podem ser consideradas como meras ferramentas de retenção processual, próprias da defesa. A nulidade de um ato processual penal diz mais. Significa a preservação de núcleos de sentido protetivo que derivam da proteção do hipossuficiente. Aceitar que manobras da defesa destinadas a lograr uma nulidade, com isso prejudicando o próprio réu é inaceitável. A forma processual não é disponível às partes, de molde que se pode considerá-la como instrumento de proteção do acusado contra ele mesmo, se necessário. Demais disso, a própria Súmula 523 e o tratamento dado pelo CPP à matéria é dissonante em relação ao próprio Código Processual Penal Modelo para a América Ibérica, que dispõe que em se tratando de garantias constitucionais, o princípio do interesse não se aplica¹⁸².

Uma vez mais o problema da transposição de conceitos civilísticos ao processo penal se acentua. De fato, no processo penal, inexistente interesse exclusivamente privado ou disponível. Está superada a retrógrada visão de que a defesa do réu ou mesmo uma

¹⁸¹ “A decretação de invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua conseqüente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p.34.

¹⁸² “O imputado poderá impugnar, ainda que tenha contribuído para provocar o defeito (...) quando se trate de defeitos que impliquem inobservância de direitos e garantias previstos pela lei fundamental e pelos tratados subscritos pelo Estado.” Isso implica que nem o consentimento impresso do imputado nem o mero transcurso do tempo, e muito menos ainda o consentimento tácito, podem fazer com que o dano ao escudo protetor do imputado possa ser deixado de lado”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. p. 90-91.

declaração de absolvição constituem interesses exclusivos do acusado. O Estado deve também ter interesse não apenas na condenação de culpados, mas também na evitação de um inocente sofrer pena injustamente. Trata-se do caráter ético que deve permear o processo penal contemporâneo, equiparando ambas as finalidades e as constituindo como desideratos de mesmo ranking.

Como apresentado e justificado, é tênue o limite entre o princípio do interesse e uma ilegalidade tolerada, um exercício de maleabilidade das formas próprios do sistema inquisitorial. Mesmo que um ato nulo possa ser atribuído à defesa, a incidência das garantias constitucionais não permite se possa falar em falta de interesse para a anulação do ato. Decorre da primazia constitucional e não de uma subordinação a conceitos de formação de vontade a proteção à forma no processo penal. Em um processo no qual o defensor deixa propositalmente de realizar a defesa, em sede de memoriais, deveria o juiz julgar o processo sem a defesa, sob a alegação de que esta provocou o fato? Se julgar sem o ato processual fundamental a se garantir o contraditório e o exercício da ampla defesa, certamente haverá nulidade. Nesse caso, não deveria o juiz possibilitar o refazimento do ato, advertindo o defensor de que o descumprimento acarretará a nomeação de novo advogado para o réu?¹⁸³

Também não se pode cogitar aqui da falta de interesse da defesa na decretação de nulidade pelo não comparecimento do Ministério Público. A prática dos tribunais desvela uma prática absurda mediante a qual o promotor de justiça, que não se encontra em audiência, “assina” o termo posteriormente. Juízes consignam a sua presença indevidamente. Esta é uma prática já consagrada. A nulidade suscitada pela defesa não é reconhecida, na maioria das vezes, justamente pela aplicação do princípio do interesse. Faltaria interesse à defesa anular um ato ante a ausência ministerial, levando-se em consideração que somente ao Ministério Público aproveitaria a renovação do ato. Nada mais falso. Para que se tenha um sistema devidamente acusatório, necessário que o juiz se mantenha distante da produção probatória. A ausência do Ministério Público leva alguns juízes a produzir prova para a acusação, até mesmo de forma inconsciente. A fim de se evitar correr tal risco, é prudente resguardar-se a triangularização processual e a manutenção do exame cruzado das testemunhas, o que deve ser garantido pelo juiz, não

¹⁸³ Entende-se aqui que neste caso este despacho do juiz deveria acarretar a intimação pessoal do acusado para que tome ciência da situação processual bem como possa, se for o caso, constituir novo defensor, de for de seu interesse.

podendo este substituir o órgão acusatório na iniciativa probatória, mesmo em se tratando de prova testemunhal (renovável). Esta a razão principal pela qual deve ser entendido como nulo o ato processual sem a presença do Ministério Público, devendo ser repelida a argumentação que procura extrair do princípio do interesse as conseqüências que acabam por não reconhecer a nulidade.

Ao revés da vetusta Súmula 523, a maximização dos direitos de defesa. Parece incontornável o fato de que no processo penal, a inexistência de interesse exclusivamente privado possa existir.

Com a análise do princípio do interesse, no momento se encerra a contextualização dos princípios em matéria de nulidades. O próximo passo da investigação recai sobre a problemática da natureza jurídica das nulidades e seus desdobramentos para o processo penal.

2.4 A Transposição Civilística de Conceitos Gerais da Teoria das Nulidades ao Campo do Processo Penal

A matéria de nulidades, no processo penal, corresponde a um verdadeiro palimpsesto, no qual as marcas semi-apagadas do alvorecer se inserem e se integram àquelas mais novas, mais visíveis muito embora não por isso mais relevantes. Este amálgama pode ser entendido a partir da convivência, no seio da ilegalidade congênita do sistema inquisitorial, de princípios informadores, cuja exterioridade alimenta-se de roupagem civilística¹⁸⁴.

O que aparentemente poderia ser considerado como uma ruptura irreconciliável torna-se contornável e repatriado mediante princípios próprios do direito e processo civil, mais tolerantes à flexibilização, o que significa que há certa enervadura capaz de permitir o convívio harmônico de categorias e institutos à primeira vista distintos e movidos por outra lógica.

¹⁸⁴ Como aponta Binder, “Mas como em geral ocorreu com a teoria geral do processo, seu afã de elevar o nível de abstração das doutrinas processuais por meio do uso dos conceitos fundamentais do direito, impediu ou dificultou a compreensão do funcionamento das instituições judiciais e as desvinculou de sua forma histórica mais recente, que era o sistema inquisitivo e seu universo cultural”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.* p. 35.

No entanto, de acordo com o pensamento aqui sustentado, não basta a denúncia de um sistema de formas processuais serviçais a um modelo inquisitorial. É preciso avançar para se compreender como este modelo de gestão da ilegalidade encontrou nos princípios anteriormente analisados um arcabouço que lhe deu sustentação. A fim de se evitar cair nas facilidades retóricas desta extensão entre princípios e categorias do direito e processo civil ao modelo inquisitorial, necessário demonstrar a existência desta relação. A instrumentalidade constitucional do processo penal parte de uma ruptura indelével entre processo penal e civil, a partir do princípio da necessidade, também sustentado por Beling¹⁸⁵. No entanto, é o próprio Beling quem, apesar de perceber a incompatibilidade entre estruturas não similares como o processo civil e penal, no que corresponde à investigação dos atos processuais, sustentará uma teoria da invalidade dos atos processuais semelhante à do direito civil.

Nesse diapasão, Beling conceberá a existência de negócios jurídicos processuais: “el concepto del negocio jurídico procesal penal abarca tanto las declaraciones de voluntad estatales como las particulares”¹⁸⁶. A partir desta sistemática de enquadramento do ato processual como uma forma de negócio jurídico, uma consequência que se torna inexorável é a assunção da carga probatória de sustentar a invalidade. Nas palavras de Rosenberg, ao comentar a invalidade dos atos jurídicos civis, “el adversario que afirma la ineficacia, carga con la prueba de los presupuestos de ésta. Esta regla relativa a la carga de la prueba se expresa en Código Civil al no legislar éste en ningún caso sobre la eficacia sino siempre únicamente sobre la ineficacia de un negocio jurídico”¹⁸⁷. O tratamento do ato processual como um negócio jurídico constituiu-se como um dos motivos para se operar um princípio de transmissão entre as categorias do direito civil e posteriormente, já com a sua autonomia científica, ao processo penal. Sob este espectro Binder tece uma contundente crítica ao que

¹⁸⁵ “La separación fue debida a la diferencia profunda de los intereses que entran en juego en cada proceso y particularmente a la posición preeminente del interés del Estado (de un carácter especial) en el penal. En el aspecto funcional sociológico se diferencia también fundamentalmente el proceso penal del civil; éste se establece sólo para los casos en los que la realización del Derecho civil e la vida jurídica tropieza con impedimentos que hacen necesario acudir a la autoridad del Estado; por el contrario, el proceso penal es el *único camino* para el ejercicio de las acciones penales (en cuando el Derecho penal no es hoy un derecho privado, ni los delitos meros *delicta privata*)”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 03.

¹⁸⁶ BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. p. 130.

¹⁸⁷ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 301.

denomina de teoria unitária das invalidades¹⁸⁸. De acordo com o processualista, “também influiu na debilidade teórica desta visão unitária uma assimilação demasiado rápida dos problemas gerais das formas jurídicas às formas processuais”¹⁸⁹. Como se percebe parece indubitável que existe uma transmissibilidade das formas dos atos jurídicos em geral às categorias do processo penal. A sua recepção pelo sistema inquisitorial se deve, sobretudo, à capacidade de servir à ilegalidade congénita já detectada como um dos elementos de funcionamento desta cultura totalitária.

O princípio da instrumentalidade das formas, consagrada na máxima *ne pās de nullitè sans grief* traz junto de si, a carga da prova relativa ao prejuízo. Como demonstrado, anteriormente, graças à concepção do processo como quase-contrato foi possível o processamento da passagem da teoria dos negócios jurídicos ao processo civil e, posteriormente, ao processo penal. Em toda a sua genialidade e incomum perspicácia, Guasp advertia que esta concepção “que caracteriza al proceso como un casicontrato no puede decirse que haya sido eliminada por completo ni de la legislación, ni de la doctrina ni de la práctica procesal entre nosotros”¹⁹⁰.

Evidentemente, a ausência de questionamentos e de reflexões mais acuradas sobre a temática leva ao desenvolvimento de uma teoria das nulidades absorta, que mais não faz do que repassar, levar adiante princípios cuja gênese não sabe bem ao certo explicar. Para além, o problema não fica jungido à inscrição da questão da origem de tal princípio no âmbito dos defeitos dos negócios jurídicos¹⁹¹. A problemática diz respeito à inserção de categorias estruturadas a partir de institutos diversos, como é exatamente o caso da carga da prova relativamente à alegação da invalidade.

¹⁸⁸ “Entendo por “teoria unitária” a tentativa que se fez de construir um corpo doutrinário uniforme para tratar os diferentes casos de invalidez dos atos processuais, sem importar os interesses em jogo ou os princípios que se quer proteger”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 04.

¹⁸⁹ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 05.

¹⁹⁰ GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. p. 31.

¹⁹¹ “La observancia de la forma, prescrita por la ley o convenida, debe mostrar, no obstante el texto del §125, aquella parte que se apoya en la declaración de voluntad, ya que, sin la forma, el acto de declaración no es perfecto. En principio, debe probarse el cumplimiento de todos los presupuestos de las formalidades prescritas; tratándose de la simple forma por escrito, que el la forma de la firma según el §126, debe probarse, pues, la autenticidad de la firma; en virtud de esta prueba, según la regla del §440, inc. 2, ZPO, se considera probada también la autenticidad de la declaración cubierta por la firma. En particular, la parte que se funda en testamento, debe probar”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 301.

Agrega-se a este traço da teoria das nulidades outra faceta. Soma-se à carga da prova distribuída consoante a arguição de invalidade o necessário complemento: trata-se de uma carga da prova positiva, tendo-se em vista que a “teoría de la carga de la prueba sólo afirmativa, esto es, el principio de que sólo los hechos positivos, y no las denegaciones (negativas) necesitan prueba”¹⁹². Partindo-se do pressuposto de que se não pode provar a ausência de defeitos do ato processual, como corolário lógico, aquele que argüi a nulidade deve responder pela demonstração da inconformidade do ato aos preceitos normativos.

Mediante este horizonte, o princípio do *in dubio pro reo*, como destaca Roxin em acertada crítica à doutrina processualística tradicional, não é aplicável aos vícios no procedimento. No entanto, a subserviência da doutrina tradicional a uma teoria das nulidades alimentada por um discurso privatístico não permite que se possa acompanhar o desenvolvimento do Estado de Direito contemporâneo. Como aponta Roxin, não existe razão suficiente para se evitar o alastramento do princípio do *in dubio pro reo* às alegações de invalidade de ato processual.¹⁹³ Como parece mais conveniente à instrumentalidade constitucional e o que se convencionou denominar de redução de danos (evitação das chances de erro judiciário que gerem condenações de inocentes) é preciso reconhecer-se a ineficácia e insustentabilidade constitucional de uma distribuição da carga probatória na arguição de vicissitude processual. Como Cordero destaca a nulidade dos atos jurídicos em geral não se reveste da complexidade de seus equivalentes processuais. Esta complexidade própria do processo penal é mais um indicativo de que é absolutamente frágil e temerária a adoção de critérios unívocos para o tratamento do ato jurídico irregular em âmbitos jurídicos tão diversos¹⁹⁴.

¹⁹² ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 377.

¹⁹³ “Según la opinión dominante, el principio *in dubio pro reo* no debe regir para la prueba de *vicios del procedimiento*. Si un acusado funda su recurso de casación en que una declaración le ha sido arrancada por la fuerza a través de apremios (§ 16^a), la jurisprudencia decide *contra reum* cuando la violación de la ley no pudo ser comprobada (BGHSt 16, 164). Si esto siempre es correcto parece dudoso al tratarse de la aplicación de reglas del Estado de Derecho; en vista de la importancia que de *lege lata* tiene la libre voluntad de decisión del imputado que presta declaración (cf art. 1, I, GG) se debe apoyar la aplicación del principio *in dubio pro reo* para violaciones del § 136^a. También en otros casos, ante serias dudas, es más justo partir de la existencia de una infracción de las reglas del proceso en favor del acusado”. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 114.

¹⁹⁴ “En el campo civil la patología del acto se define muy fácil; es nulo si faltan ciertos requisitos (por ejemplo, la forma escrita en los negocios atinentes a los derechos reales sobre inmuebles (C.C art. 1350), y la situación jurídica queda como era; o expuesto a anulación (arts. 1425 a 1446) o también rescisión (arts. 1447 a 1452), o sea invalidable con acciones constitutivas (es decir, derechos potestativos). Cuando el acto anómalo

A transposição das categorias dos defeitos dos negócios jurídicos para o processo encontraria, portanto, plena justificação. Implícita está a relação jurídica. Um defeito no contrato representa um defeito no acordo de vontades entre os sujeitos contratantes. Um defeito processual representa uma deformação da relação jurídica processual. A não ser assim, o que afetaria a nulidade do ato? Todavia, o alerta de Goldschmidt sobre o conceito de cargas processuais, tendo como resultado a ausência de direitos subjetivos endogenamente ao processo, possibilita o primeiro passo a fim de se romper com o mal-estar da teoria das nulidades aplicada ao processo. Como acentua Couture, há uma diferença essencial entre carga e obrigação: “mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio”¹⁹⁵. Com o conceito de carga¹⁹⁶ se desfaz a primeira desmistificação do princípio da demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Não basta afirmar que a carga da prova (prejuízo) é daquele sujeito que se sentir prejudicado com o defeito do ato. Se bem é verdade que apenas pode existir carga num processo em que vige o princípio dispositivo¹⁹⁷, não pode ser desconsiderado o fato de que no processo penal o acusado não precisa demonstrar absolutamente nada. O ônus da prova é todo da acusação¹⁹⁸. O chamado *error in procedendo* não exime ou limita a aplicação do *in dubio pro reo*. As alegações por parte do réu, mesmo não se revestindo de provas inequívocas do defeito suscitado na arguição, não constitui impeditivo para o reconhecimento e posterior declaração judicial de nulidade. Sob o prisma constitucional, os limites às garantias constitucionais devem ser expressas. A incompatibilidade lógica e principalmente axiológica entre o atual sistema processual penal brasileiro e o regramento principiológico constitucional demanda uma necessidade de revisão destes conceitos que deambulam. Como destaca Conde Correia, ocorre a prevalência de uma verdadeira “importação acrítica das teses civilistas sobre a invalidade em geral e as nulidades em particular, o dogmatismo exacerbado, a insuficiente

pertenezca a un procedimiento, el fenómeno se presente complejo” CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 410.

¹⁹⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 174.

¹⁹⁶ “El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava), y la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión”. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 203.

¹⁹⁷ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 41.

¹⁹⁸ “No existe, en el proceso penal, una distribución de la carga de la prueba”. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. p. 54.

fundamentação axiológica e a confusão terminológica”¹⁹⁹. De acordo com Coutinho, a doutrina inclusive sequer é capaz de definir quantas categorias existiriam no cerne do ordenamento quanto às nulidades²⁰⁰.

De fato, não se trata de um problema circunstancial e especificamente brasileiro. Difícil encontrar-se respostas suficientes para fundamentar a razão pela qual, em se considerando os países de tradição romano-canônica, se possa explicar a existência de um pano de fundo símile em contextos e países os mais diversos. Por exemplo, basta tomar-se a posição de De Marsico para se ter a conclusão de que o ato jurídico processual é uma espécie do ato jurídico genericamente considerado²⁰¹. Esta transposição das categorias civilísticas e a sua transposição integral para o seio do processo penal, cuja reprodução de princípios permeia dispositivos normativos recentes ou mais antigos dá exatamente a noção de se estar falando irremediavelmente da mesma coisa. Em consonância com esse horizonte, a sistemática das reformas processuais penais nesses países de cultura ocidental jamais teve por escopo uma mudança de política das formas processuais (exceção feita ao código italiano com uma rápida supressão das nulidades absolutas e o seu posterior retorno mediante legislação especial, para os lamentos de Manzini). Uma teoria tão desgastada e tão frágil torna inexplicável a sua duração e o seu cultivo solene. Nos dizeres de Conde Correia, essa transposição civilística “contagiou toda a teoria da ineficácia dos actos processuais penais com os germens da crise que então já se fazia sentir no direito civil”²⁰².

Atualmente, López Mesa²⁰³ defende uma relativização da divisão estrita entre nulidades processuais e substanciais. Segundo o autor, existiria uma tendência à ultrapassagem da fronteira que separaria o direito material do processual. A diagnose realizada apontaria os seguintes elementos para a defesa de sua tese: a) aceitação crescente da doutrina da inexistência jurídica como categoria autônoma em ambos os campos; b)

¹⁹⁹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 14.

²⁰⁰ De acordo com Coutinho, a doutrina oscila entre apontar dois conceitos (nulidade e anulabilidade), três (nulidade, anulabilidade e irregularidade ou nulidade absoluta, nulidade relativa ou irregularidade) e mesmo cinco critérios (nulidade absoluta e relativa, inexistência, irregularidade e anulabilidade). COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez Processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁰¹ DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 100.

²⁰² CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 15-16.

²⁰³ LÓPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales: en la doctrina y la jurisprudencia*. p. 336-340.

declínio da idéia equivocada de que toda nulidade processual é sempre relativa e convalidável; c) relativização da proibição de indagar a existência de vícios da declaração de vontade contida no ato processual e a tendência a se indagar sobre a sua voluntariedade; d) desmistificação ou dessacralização da teoria das nulidades²⁰⁴.

Apesar da tentativa de reconciliação da teoria dos atos jurídicos em geral e dos atos processuais, o processualista argentino se equivoca em algumas de suas teses, o que torna inviável, principalmente no que diz respeito ao processo penal, a aceitação de uma teoria geral da invalidade. O primeiro fundamento para o rechaço de sua postura reside na circunstância de que em hipótese alguma houve uma separação estrita entre o defeito do ato jurídico e do ato processual. A tradição cultural dos sistemas jurídicos ocidentais tem trazido como acessório os princípios relativos aos defeitos dos negócios jurídicos, isto pelo menos desde a concepção do processo como quase-contrato. A incorporação de princípios cuja nomenclatura é razoavelmente diversa não impede o reconhecimento de sua invasão na seara processual. Princípios como os da convalidação do ato, a carga da prova referente à alegação da irregularidade e o princípio do prejuízo aplicam-se indistintamente aos âmbitos de direito material e processual.

O segundo argumento trazido pelo pensador cisplatino empiricamente não se verifica. A menção a um crescimento das nulidades absolutas em detrimento das nulidades relativas é justamente o oposto das práticas jurisprudenciais. O efficientismo, a ilegalidade congênita do sistema inquisitorial faz mister o recurso à maleabilidade das formas processuais. Com isso, parece-nos acima de qualquer dúvida o fato de que o que se amplia contemporaneamente é o âmbito de flexibilização dos direitos fundamentais, cuja correspondência no processo penal surge com as nulidades relativas e o dimensionamento negativo da proteção contra a arbitrariedade jurisdicional. Como se vê, não assiste razão ao segundo argumento trazido pelo autor, justamente pela ampliação das zonas de aplicação

²⁰⁴ Segundo o autor, “la teoría de las nulidades durante muchos años estuvo rodeada de un halo de sacralidad, de misterio, de magia. Ese aura hacía que se considerase casi sacrílego introducir modificaciones a una teoría edificada a lo largo de dos mil años. El surgimiento de verdaderos mitos en derredor de las tradicionales ideas de nulidad, anulabilidad, etc., tornaba sumamente dificultoso instalar en el mundo doctrinal, ni qué decir del ámbito judicial, ideas o instituciones nuevas”. LÓPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales: en la doctrina y la jurisprudencia*. p. 340.

do princípio da instrumentalidade das formas, mormente quando se discute a própria flexibilização do princípio da necessidade mediante a proliferação dos ADR's²⁰⁵.

O terceiro argumento que justificaria uma teoria integrada dos atos jurídicos materiais e processuais consistiria na relativização da proibição de indagar a existência de vícios da declaração de vontade contida no ato processual e a tendência a se indagar sobre a sua voluntariedade. Antecipando tópico subsequente, a consideração atualmente prevalente da nulidade como sanção trouxe como consequência elementar a antiga explicação e justificação da nulidade como vício do negócio jurídico. Apesar do transplante da teoria dos atos jurídicos ao processo penal, com desdobramentos que ainda hoje permanecem (v.g. carga da prova), não se pode afirmar que é defensável, contemporaneamente, a tese da existência de vícios da vontade no âmbito processual. Por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura é um problema concernente à teoria da prova ilícita (aqui entendida como nulidade específica). No entanto, não se cogita de se falar em um vício da vontade (por exemplo, coação). Atualmente, a concepção da nulidade como vício do negócio jurídico foi substituída por aquela que concebe a nulidade como sanção. Entendemos, portanto, que não assiste razão a Lopez-Mesa neste terceiro quesito.

Por fim, parece que melhor sorte não possui o processualista argentino quanto à sua última tese. Longe se está de suplantar a solenidade e sacralidade da teoria das nulidades. A sua incomum manutenção, de forma inalterada durante séculos é o indício que torna indubitosa a ausência de reflexão crítica. A inalterabilidade de sua sistemática e organização em diversos países e contextos jurídicos permite o reconhecimento de uma espécie de princípio genealógico, sustentado por uma linha vermelha que ultrapassa espaço e tempo. A proposta alavancada neste estudo é justamente oferecer uma compreensão crítica da temática, a fim de demonstrar a inadequação da teoria das nulidades a um processo penal alicerçado em sua instrumentalidade constitucional. Por fim, como sustenta Pellingra, tomando por base as lições de Redenti, a nulidade e a anulabilidade do direito civil são diversas das nulidades absolutas e relativas do direito processual²⁰⁶. Uma teoria unívoca e integrada dos atos jurídicos e processuais parece inaceitável.

²⁰⁵ *Alternative Dispute Resolution*, que pode ser concebido como justiça consensual.

²⁰⁶ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale*: teoria generale. p. 118.

Uma vez expostos os principais fundamentos teóricos que justificam a transposição dos defeitos dos atos jurídicos ao processo passa-se a seguir ao exame das principais perspectivas teóricas que procuram explicar a natureza jurídica da nulidade.

2.5 Perspectivas Teóricas da Teoria das Nulidades

Como a seguir será evidenciado, a natureza jurídica da nulidade é controversa. A fim de reforçar a constatação já realizada no tópico precedente, a atual temática constitui-se como verdadeiro palimpsesto, no qual além da atual configuração teórica convivem sombras não expurgadas. Nesse sentido, a sua natureza jurídica é sobremaneira relevante para o incremento de sua instrumentalidade constitucional.

O ponto de origem, destacado anteriormente diz respeito à vinculação da teoria das nulidades aos vícios do negócio jurídico, o que trouxe uma série de conseqüências. Demais disso, a própria distinção entre nulidades absolutas e relativas encontra uma forma de tratamento similar no direito processual penal francês, como destaca Fernandes e Fernandes²⁰⁷. Pode-se afirmar, assim, uma teoria cujo desenvolvimento das categorias contemporâneas liga-se aos quesitos de prejuízo, declaração de ofício, carga probatória, enfim, as mudanças que apareceram no florescer de determinadas culturas jurídicas pouco ou nada se diferenciam daquelas atualmente verificadas.

Um primeiro aspecto que deve ser levado em conta, para a análise da teoria da nulidade, é a sua consideração como a perda de efeitos de um determinado ato realizado precariamente. Como aponta Maier, “la nulidad expresa la inidoneidad de alguna acción para poder alcanzar las consecuencias jurídicas que se propuso como fin el agente”²⁰⁸. Esta concepção plenamente encontrada na doutrina e jurisprudência em países de tradição continental apesar de sua difusão leva a algumas imprecisões.

²⁰⁷ “Distinguiram-se bem, no Código Francês, formalidades principais e secundárias. O descumprimento das primeiras causava a nulidade do processo, se o prejuízo fosse apontado pelas partes. Competia aos magistrados zelar pela observância das últimas. A irregularidade decorrente das formalidades secundárias somente evoluiria para a ineficácia se as partes não fossem atendidas em seus protestos”. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. p. 17.

²⁰⁸ MAIER, Julio B. J. *Función Normativa de la Nulidad*. p. 132.

O primeiro destes problemas se refere ao emprego indistinto dos termos ineficácia e invalidade para justificar a declaração de nulidade²⁰⁹. Sabe-se de muito tempo que a validade não deve ser confundida com a eficácia. Enquanto a primeira trata dos requisitos de legalidade de um determinado ato (preenchimento de determinadas condições normativamente estabelecidas), a segunda categoria confere trata dos efeitos práticos do ato (atribuindo-se ao ato nulo a perda dos efeitos).

Os dois conceitos se colocam num plano jurídico diverso. Enquanto a teoria do ordenamento (Bobbio) alavanca a validade a um plano de normatividade, a eficácia guarda relação com o plano fático, daí por que uma das críticas principais tecidas em desfavor do realismo jurídico tenha sido a de firmar uma espécie de “sociologismo jurídico”. Novamente, a conceituação da nulidade como um ato não gerador de efeitos tem sua raiz na fixação obsessiva da forma processual nos vícios do negócio jurídico. À evidência, quando se percebe que o ato jurídico nulo não é gerador de efeitos, se está diante de uma realidade estática, justificada pela teoria dos atos jurídicos. Não é o caso da realidade complexa e fluida do processo. Aqui, já não satisfaz a afirmação comumente encontrada em manuais, nos quais a nulidade é referida como um ato sem efeito. Mormente no processo penal, que lida com a privação de liberdade, como seria razoável sustentar-se a declaração de que a prisão a que esteve submetido o acusado, baseada em ato nulo jamais existiu? Há aqui o real lacaniano a indicar que sempre existe, para além do simbólico, algo que ingressa e invade sem pedir licença. O ato nulo, ao contrário desta postura teórica que atribui à nulidade ineficácia, não nasce sem efeitos. Um ato processual nulo desde já produz efeitos. E aqui se evidencia uma constatação: o ato nulo nasce produtor de efeitos, necessitando de uma declaração judicial que reconheça o defeito na realização do ato, desconstituindo-se as conseqüências de sua produção precária. Como assevera Couture, “definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza”²¹⁰.

²⁰⁹ Neste mesmo sentido é a posição de Coutinho para quem “habitualmente, a confusão ocorre entre a nulidade e a ineficácia”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez Processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 39. Segue a autora afirmando que: “é que a invalidade e a ineficácia, normalmente vêm acompanhadas, entrelaçadas em um contexto, embora tal fato não resulte em função do desiderato do legislador de se evitar que o ato inválido produza efeitos”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 39.

²¹⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 304.

Como acerta Couture, a perda dos efeitos do ato processual ligada a uma declaração judicial que a reconheça, leva à conclusão errônea de que a ineficácia pode ser lida como sendo causa explicativa da natureza jurídica da nulidade. Pelo contrário, a ineficácia somente pode ser considerada como conseqüência de uma declaração anterior, que aqui será entendida como invalidade, já adiantando algumas conclusões.

Desta maneira, se para a existência da nulidade se torna indispensável uma decisão que a declare, resta examinar-se a natureza jurídica deste ato decisório²¹¹, o que leva alguns autores a identificar como destinatário das normas que regulam a validade dos atos processuais o magistrado²¹². A decisão que reconhece determinado ato processual nulo é uma decisão judicial de conteúdo eminentemente declaratório, podendo-se atribuir efeitos constitutivos negativos (desconstituição). Nas palavras de Silva e Gomes, “o provimento do juiz ao pronunciar a nulidade é meramente declaratório; os efeitos produzidos pelo ato nulo é que passarão a ser desconstituídos”²¹³. Como se pode depreender da correta interpretação de Silva e Gomes, a nulidade não pode ser considerada como ineficácia, pois esta é uma conseqüência de um estado jurídico anterior. Este estado jurídico de imperfeição, da ausência de preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos corresponde à invalidade do ato. Entretanto, a invalidade opera em outro plano, o da normatividade. A conseqüência, a ineficácia – perda dos efeitos do ato – se dá no plano fático (dimensão sociológica), requerendo uma declaração judicial. Esta declaração judicial possui um conteúdo determinado. Trata-se da declaração da imperfeição (invalidade) do ato. Cumulada com a declaratória de nulidade, a desconstituição dos efeitos do ato nulo, produzidos quando da realização daquele mesmo ato é a conseqüência natural da

²¹¹ “Lo aseverado es de tal forma, habida cuenta que el acto típicamente defectuoso no es inválido en tanto no medie una expresa declaración jurisdiccional en tal sentido, la que, incluso, puede no producirse nunca en el desarrollo de determinado proceso penal”. AROCENA, Gustavo A. *La Nulidad en el Proceso Penal*. p. 80-81. También o autor mais adiante: “La nulidad procesal penal necesita siempre ser declarada para que el acto sea reconocido como no válido. Sólo así, él será ineficaz, y dejará de producir los efectos del acto típico, extinguiéndose retroactivamente los que estuvo produciendo hasta ese momento”. AROCENA, Gustavo A. *La Nulidad en el Proceso Penal*. p. 95.

²¹² “Resulta evidente que el único que se encuentra posibilitado de declarar la nulidad es el órgano dirimente, es decir el órgano jurisdiccional. Bien sea el juez inquisidor que procura cumplimentar la razón y sentido de su rol, como así también, el del juez de modelo acusatorio y por ende democrático y participativo, sincero, tercero imparcial en su función dirimente del conflicto ante él resucitado y por ende aún permanente, que como tal debe cuidar el cumplimiento de las garantías constitucionales que tal normativa considera con relación a las partes”. DI MASI, Geraldo R.; OBLIGADO, Daniel H. *Nulidades del Proceso Penal*. Rosario: Nova Tesis, 2004. p. 69-70.

²¹³ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 232.

declaratória. Neste sentido, possível sustentar-se que a nulidade, no processo penal, está atrelada a uma declaração judicial, sem a qual não será possível o efeito secundário (natureza constitutiva negativa) dos efeitos do ato defeituoso.

Desta maneira, não se pode ter como acertado o posicionamento da nulidade como ineficácia. Igualmente, a própria doutrina oscila entre a caracterização dos atos nulos. Exemplo dessa inquietação revela Constantino, para quem a “a natureza da nulidade depende do prisma de visão. Ou seja, se examinarmos a nulidade apenas como vício (qualidade), sua natureza jurídica será de imperfeição. Porém, se examinarmos ela como efetiva decretação de invalidade (conseqüência), sua natureza jurídica será de sanção”²¹⁴. Possível afirmar-se aqui que o autor invocado erra em ambas tentativas de caracterizar a nulidade. Em primeiro lugar, o termo jurídico corretamente a ser descrito é o de invalidade. Não se trata de mera imperfeição, o que poderia levar à consideração de que a nulidade equivaleria à mera irregularidade. Com efeito, a natureza jurídica da nulidade não pode oscilar entre uma concepção e outra. De outra banda, concebê-la como sanção também parece equivocado. No momento oportuno será tratada a nulidade como sanção.

A teoria das nulidades não deve ser considerada como formalismo. O respeito às formas processuais é o mínimo exigido para um processo penal em que os direitos e garantias não estejam, parafraseando Goldschmidt, “na ponta da espada”. Nas palavras de Leites, “mejor que contra las formas procesales, diríamos que la reacción es contra una deformación corriente y habitual en el sistema de la legalidad, deformación que llamaremos *formalismo*”²¹⁵. O respeito às regras do jogo é nada mais que uma exigência elementar da democracia substancial (Ferrajoli).

O aspecto principal do exame da natureza jurídica da nulidade é permitir o seu tratamento constitucional. As nulidades, estritamente vinculadas ao modelo acusatório, no qual o juiz desempenha a função de garantidor do respeito às regras do jogo (*fair trial*) não podem ser tratadas no mesmo âmbito e regime de uma teoria geral do ato defeituoso. As formas processuais representam, para o Estado Constitucional de Direito, limites ao poder punitivo estatal. Esta circunstância deve ingressar no terreno teórico das nulidades

²¹⁴ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no Processo Penal*. p. 31.

²¹⁵ LEITES, Carlos A. *La Forma de los Actos en el Proceso*. p. 54.

aplicadas ao processo penal, sob pena de se manter aquela pseudo-unidade caracterizadora da teoria geral do ato defeituoso.

Neste sentido, o resgate dos vínculos estritos impostos pelo modelo acusatório deve compor o cenário de uma nova teoria das nulidades, objeto desta investigação. Nesse sentido, como corolário básico deste estudo, algumas certezas teóricas construídas ao longo do desenvolvimento do processo penal deverão ser refutadas. A abdicação dessas fórmulas mágicas (Wietholter) tem sua razão de existência no ponto em que se não pode prescindir de uma teoria do processo penal, erigida a partir do interior de seus vínculos mediante categorias próprias e “magmas de significação” (Castoriadis²¹⁶) a lhe dar unidade, ao mesmo passo que provoquem o rompimento a uma teoria totalizante dos defeitos dos atos.

A forma processual penal e seu entroncamento constitucional não são, ao contrário do que tenciona aduzir algum setor doutrinário, meros adereços, o que justifica a referida idéia de renovação principiológica. Não é mais possível a manutenção dos mesmos princípios que dizem muito pouco sobre os alicerces constitucionais do processo penal. Sem a discussão a respeito da natureza jurídica da nulidade, compromete-se esta reflexão inadiável. Assim, sem mais, encerra-se a presente apresentação para iniciar-se o estudo das concepções que procuraram explicitar o significado jurídico das nulidades.

2.5.1 Nulidade Como Vício do Negócio Jurídico Processual Penal

Uma das mais difundidas construções teóricas que procuraram fundar a natureza jurídica da nulidade reside na sua concepção enraizada no ato processual como espécie de negócio jurídico, cujo defeito seria reconhecido como um vício processual. Nas palavras de Vannini e Cocciardi a quase totalidade da nossa doutrina se demonstra favorável ao acolhimento da noção de negócio jurídico processual²¹⁷. Há aqui, na referência dos processualistas italianos, a vinculação de seu pensamento a determinado contexto epocal. De fato, se encontra aqui a descrição de um panorama que se instalou até bem pouco tempo. Seria possível sustentar-se que a nulidade como vício do negócio jurídico processual penal afirmou-se até o início do século XX, quando sua predominância foi

²¹⁶ Cf CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

²¹⁷ VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. p. 144.

substituída pela nulidade como sanção (positivismo e imperativismo que reconhecem como maior qualidade da norma a sanção).

Um dos principais motivos pelos quais se mudou a orientação da natureza jurídica das nulidades se deve à disseminação e reflexão do positivismo jurídico, principalmente com o pensamento kelseniano, para quem a nulidade equivaleria a uma espécie de sanção. Não se pode esquecer aqui do referido em inúmeras passagens da investigação. A teoria do processo como quase-contrato é responsável por trazer para o processo civil e posteriormente penal, os princípios aplicáveis em matéria de nulidades. Assim é que a carga da prova como pertencente à parte processual que deseja vê-la reconhecida é transposta ao seio do processo. Ademais, o próprio princípio do prejuízo, concebido como uma forma de manifestação de vontade tem sua gênese nesta primária natureza do processo²¹⁸.

A consideração do ato jurídico processual penal como uma espécie de invalidade, seguindo a mesma lógica dos atos jurídicos em geral movimentam-se a partir de uma declaração de vontade. À evidência, o acoplamento de uma teoria da vontade aplicada aos atos processuais deu origem a inúmeros mal entendidos, que acabaram por sustentar uma teoria privatística e contraproducente da nulidade processual penal²¹⁹. A mudança da teoria predominante a fim de explicar a natureza jurídica do processo em nada alterou tal panorama. A teoria da relação jurídica disseminada a partir da obra de Bulow não teve o condão de transformar o horizonte em matéria de nulidades. A teoria da relação jurídica, em que pese a superação da teoria do quase-contrato não possibilitou uma mudança de ares em termos da teoria do ato defeituoso. Houve a manutenção da análise isolacionista dos atos processuais, cuja ausência dos requisitos levaram à inevitável conclusão pela irregularidade²²⁰, atribuindo ao exame da detecção do defeito, a mera interpretação

²¹⁸ “A construção da teoria da invalidade a partir do conceito de acto processual penal, decalcado e edificado sobre as noções de acto e de negócio jurídico, levou a doutrina a considerar a nulidade como um vício intrínseco ao próprio acto processual, congênito da sua formação, a configurar a invalidade como uma subespécie da ineficácia em sentido amplo e a adoptar diversos graus de invalidade, correspondentes às várias formas de manifestação da ineficácia”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 17.

²¹⁹ Discordando da nulidade como vício da vontade Coutinho: “os vícios da vontade, embaixadores das anulabilidades no campo do direito privado (a anulabilidade refere-se à proteção do consentimento) têm pouca ou nenhuma importância no processo”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p.196.

²²⁰ “Em primeiro lugar, porque a aceitação indiscriminada do conceito de acto jurídico, como núcleo explicativo e compreensivo de toda a dinâmica processual, capaz de criar, modificar ou extinguir a relação

individualizada dos atos. Agrega-se também, como já exposto, que a teoria da relação jurídica sempre manteve perto de si o direito material herdado das teses civilistas. Demais disso, a confusão entre ineficácia e invalidade referida no tópico precedente encontra na concepção que entende a nulidade como um vício do negócio jurídico sustentáculo, a ponto de se poder falar em uma verdadeira confusão conceitual²²¹.

Não se pode esquecer que a hipertrofia do conceito de irregularidade, motivada pelo incremento do processo como uma mera adequação de atos resultou na manutenção dos mesmos princípios informadores que tracejaram os contornos da antiga concepção do quase-contrato. O processo como sucessão de atos (*pro-cedere*) permite a construção do princípio da causalidade. A manifestação de vontade das partes acerca dos elementos integrativos do ato processual estabelece limites ao seu reconhecimento, a depender do interesse na declaração (princípio do interesse); à parte que almeja a declaração de nulidade incumbe demonstrar a irregularidade e sustentar a desconstituição dos efeitos. Percebe-se que do quase-contrato à relação jurídica, os atos processuais continuam sendo concebidos como elementos não-integrados. Talvez a diferença perceptível, enquanto pano de fundo teórico esteja na justificativa de que o ato processual defeituoso extingue ou modifica a própria relação jurídica processual, ao contrário do quase-contrato.

Todavia, não se pode afirmar uma efetiva mudança paradigmática. Inalterados, os princípios informadores em matéria de nulidades cristalizaram-se. Com isso é possível perceber-se uma espécie de imunização da teoria do ato irregular contra quaisquer alterações em âmbito teórico a afetar a concepção de processo. Exemplo disso é verificável, por exemplo, no momento em que setor da doutrina (Grinover, Fernandes, Gomes Filho) advoga o processo como procedimento em contraditório e, no entanto, sustenta, sem

jurídica que lhe está subjacente, conduziu à tentativa de apreender os elementos que, em cada caso, eram necessários para a sua validade e cuja ausência, por antinomia, era indício de invalidade. A doutrina procedia à análise dos requisitos endógenos, constitutivos dos actos processuais, procurando reconhecer e isolar aqueles que lhes eram imprescindíveis e, depois, reputava nulos ou anuláveis os actos violadores daqueles elementos julgados essenciais”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 17-18.

²²¹ “Depois porque, tal como no direito civil, o estudo da invalidade a partir da patologia do acto jurídico, conduziu à sua identificação como a ineficácia. Devido à imperfeição o acto processual nulo não produzia quaisquer efeitos, sendo processualmente ineficaz. (...) A validade não significa necessariamente eficácia e a invalidade também não traduz sempre ineficácia. De facto, trata-se de conceitos que exprimem realidades jurídicas distintas. A invalidade é um conceito jurídico, que exprime a apreciação jurídica de um certo acto. A ineficácia *strito sensu* é apenas uma questão prática, uma realidade empírica, ligada à não produção de efeitos”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 18 - 19.

reflexão, a subordinação das nulidades aos princípios retro mencionados, como se houvesse uma barreira infranqueável a lhe impedir a discussão e reatualização.

Deve ser tributada também à concepção da nulidade como vício do negócio jurídico o fator que incorpora ao processo a diferença entre nulidade e anulabilidade. Nos atos jurídicos em geral, a nulidade seria o defeito mais grave, aquele incapaz de produzir efeitos. Por seu turno a anulabilidade dependeria de uma declaração, de uma anulação dos atos, cuja perda de efeitos ocorreria a partir da declaração judicial em diante (efeitos *ex nunc*). Como se pode intuir, o conceito de anulabilidade é inaplicável ao processo penal por uma série de motivos, que serão examinados mais adiante quando do exame da categoria em comento. No entanto, parece bastante óbvio que tal importação de conceitos torna praticamente inoperável uma organização conceitual coesa e coerente, sem transgredir inúmeros princípios do processo penal. O que pode ser vislumbrado e imediatamente concluído é a permissão, justamente pela justaposição entre nulidade e declaração da vontade, de vícios mais leves e outros mais lesivos, gerando critérios os mais diversos para a sustentação das formas de nulidade²²². Assim, os distintos critérios mencionados e as diferentes violações da forma processual consubstanciam o que hoje comumente é reconhecido como um traço distintivo entre as nulidades absolutas e relativas: tipo de interesse jurídico protegido (se o interesse é público se trata de nulidade absoluta, se o interesse tutelado pela forma processual é de mero interesse privatístico – parte processual – a nulidade é relativa); a forma de arguição (a nulidade absoluta se entende não preclusível enquanto a nulidade relativa preclui); carga probatória (de regra, alguns ordenamentos jurídicos entendem que as nulidades absolutas não exigem a demonstração de prejuízo, enquanto a nulidade relativa sempre está a exigir a sua demonstração por aquele que suscita o descumprimento da forma).

Enfim, como se percebe, encontra-se nesta concepção da nulidade muitos dos atuais princípios reitores, sem que o desenvolvimento do processo penal pudesse transpor aquela mencionada barreira autárcica, incapaz de permitir o acesso a novos parâmetros teóricos. Leone adverte da problemática desta concepção, asseverando que “estos requisitos de los

²²² “A adoção de diversos graus de invalidade, correspondentes às várias formas de manifestação de ineficácia, originou uma série quase interminável de critérios distintivos, baseados, entre outros, na maior ou menor gravidade das normas jurídicas violadas, na natureza e no tipo de efeitos produzidos e na forma de sua arguição”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 19.

vícios de la voluntad no serían fácilmente adaptables al negocio procesal, aunque sólo fuese porque éste se inserta en una cadena de actos de los cuales consta el proceso”²²³. De difícil sustentação ser os atos processuais formas de negócios jurídicos. Todavia, De Marsico aponta que constituem vícios dos negócios jurídicos o erro, a violência e o dolo²²⁴. No entanto, o processualista italiano não crê que tais vicissitudes poderiam se dar no mesmo nível de invalidade exigido pela nulidade. Pelo contrário, De Marsico enfatiza que tais vícios configurariam causas que afetam a dimensão existencial dos atos jurídicos²²⁵. A dificuldade em se adotar uma relação que conecte a manifestação de vontade dos sujeitos aos atos processuais reside na circunstância da absoluta inexplicabilidade de sua natureza jurídica. Preliminarmente, De Marsico nega que o dolo, o erro, a coação, para ficar nestes exemplos, possam ser reconhecidos como vícios que afetem a validade do ato. Entretanto, funcionarão como causas que impedem a própria existência do ato jurídico, que é a sua dimensão mais elementar. Implicitamente, De Marsico afirma se tratarem de causas de inexistência e não de nulidade. No entanto, o problema não é resolvido com uma singela mudança de afetação em planos distintos (passagem da afetação do plano da validade para o da existência). Isto porque, consoante será demonstrado, o próprio conceito de inexistência não é fecundo e suficiente ao processo penal. Em segundo lugar, para a imensa maioria da doutrina, a inexistência não é medida por vícios na declaração de vontade do sujeito processual, mas justamente pela absoluta precariedade do ato, que sequer poderia ser reputado como jurídico²²⁶.

Nessa mesma linha Beling sustenta serem os atos processuais penais formas de negócios jurídicos processuais. Como sustenta Silva e Gomes, na seara processual, a “nulidade é o vício decorrente da imperfeição formal ou substancial do ato, relativamente à estrutura executiva deste. Por conseguinte, faz-se estranho aos problemas das nulidades processuais o exame dos vícios da vontade, embora a vontade seja elemento constitutivo

²²³ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 693.

²²⁴ DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 125.

²²⁵ Sustenta De Marsico que o dolo, o erro, a violência não funcionam como causa de invalidade do ato, mas como fatos que não impedem a realização ou como causa de outros atos que não impedem, não compensam ou não reprimem os efeitos; não funcionam também como nulidade, mas de um modo diverso desta. DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 131.

²²⁶ Sustenta ainda Denti que um dos problemas para se reconhecer um vício de vontade no processo penal estaria representado pelo princípio da instrumentalidade das formas, na qual a oponibilidade do defeito de voluntariedade do ato encontra obstáculo não tanto na irrelevância do requisito quanto na realização do fim. DENTI, Vitorio. *Note sui Vizi della Volontà Negli Atti Processuali Penali*. Padova: CEDAM, 1959. p. 73.

essencial do ato”²²⁷. Para além, Guarneri advogará a absoluta irrelevância dos vícios da vontade no processo penal²²⁸. Como se vê, a analogia e a extensibilidade das categorias dos atos jurídicos em geral não é hábil a permitir, com sucesso, o desenvolvimento de uma teoria das nulidades aplicada ao processo penal. Necessário e importante aqui também o posicionamento de Liebman, para quem a nulidade processual se distingue particularmente dos vícios dos negócios jurídicos como dos atos administrativos²²⁹, não se permitindo a consubstanciação em uma teoria explicativa de caráter unívoco.

Um dos processualistas que mais fortemente dirigiu suas críticas em relação à inaplicabilidade dos vícios do negócio jurídico ao processo foi James Goldschmidt. Como sintetiza Schmidt, “el ‘negocio jurídico’ es una figura jurídico material específica del derecho, perteneciente al derecho civil y, por eso, como Goldschmidt²³⁰ lo ha demostrado en forma convincente, no utilizable en el pensamiento procesal”²³¹. Também Rosenberg se opõe à semelhante transposição, afirmando que “isto é importante, sobretudo, ao tratar dos vícios das atuações dos tribunais e das partes, já que têm conseqüências completamente distintas que os dos negócios jurídicos”²³².

Em ritmo conclusivo, apesar de durante algum tempo a nulidade ser concebida, por extensa maioria de doutrinadores como uma espécie de vício do negócio jurídico, possível afirmar-se que atualmente, dificilmente encontra adeptos. O processo penal, ao ganhar autonomia, conseguiu se despir deste traço absolutamente privatístico que assemelhava o processo a um contrato. A teoria que acabou por suplantar e tomar o lugar da nulidade como vício do negócio jurídico foi aquela que concebeu a nulidade como sanção. Nos termos de uma completa inadequação da nulidade aos vícios da vontade, cabíveis as palavras de Gomez Orbaneja e Herce Quemada a fim de dar os contornos da temática na atualidade: “la categoría del negocio jurídico procesal es rechazada por la generalidad de la

²²⁷ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p. 231.

²²⁸ GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*.

²²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. p. 236.

²³⁰ “Realmente la terminología que califica como obligatorias las condiciones de validez de los negocios jurídicos no merece nuestra aquiescencia. Se basa en el mismo error que se manifiesta en la clasificación defectuosa de las leyes en *leges perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*, y que se reduce, en último término, a la confusión de ‘eficácia’ y ‘justificación’”. GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 72-73.

²³¹ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 123.

²³² ROSENBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. p. 15.

doctrina, tanto extranjera como patria, si se la concibe como una declaración de voluntad privada con efectos jurídicos que correspondan al contenido de la declaración”²³³.

Como se vê, praticamente abandonada a concepção que enxergava no defeito da forma um vício da vontade. A seguir, será investigada uma segunda natureza jurídica atribuída à nulidade. Trata-se da concepção que a concebe enquanto sanção de caráter processual.

2.5.2 A Nulidade Como Sanção Processual

A teoria da sanção processual, a fim de procurar explicar a natureza jurídica da nulidade atualmente é aquela que reúne o maior número de seguidores. Alguns fatores permitiram o seu pleno desenvolvimento, que podem ser enumerados: a) em primeiro lugar, a disseminação do positivismo como modelo conceitual de direito elevou a idéia matriz de sanção como acessória a qualquer espécie de norma. A teoria dos imperativos, que insistia no caráter sancionatório das normas encontrou amplo respaldo na teoria do direito, o que possibilitou a sua passagem ao processo penal. Como afirma Maier, “la nulidad cumple una función muy importante en la zona de las normas potestativas, comparable con la que cumple la sanción o la pena en el caso de las normas de deber, una corriente de opinión, derivada de la concepción de la teoría pura, ha intentado presentarla como sanción”²³⁴; b) a forma simplificada da teoria permitiu que sem muito esforço teórico, a nulidade fosse entendida como uma implícita pena de caráter processual, a ser aplicada em caso de descumprimento das formas processuais. A simplicidade de seu esquema justificativo torna aceitáveis e pragmáticos os níveis de aplicação; c) a aproximação do processo penal ao tipo penal permitiu o ingresso de uma mesma linha de raciocínio, de molde que a forma processual pudesse ser ventilada à luz da norma penal e de seu caráter sancionatório flagrante; d) o pouco desenvolvimento de estudos na matéria promove um estado da questão no qual se privilegiam esquemas simplificados e incipientes de tratamento dos atos processuais. A sanção processual e o seu registro junto a outras sanções como a preclusão determinou normativamente a sua inscrição em um âmbito punitivo (perda dos efeitos do ato). Nesse sentido, segundo Leal González “las sanciones se traducen, cuando se rifieren a

²³³ GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. p. 105.

²³⁴ MAIER, Julio B. J. *Función Normativa de la Nulidad*. p. 129.

la inobservancia de las formas procesales, en la ineficacia del acto así cumplido (nulidad), en la imposibilidad de cumplir el acto en el futuro (decaimiento o caducidad), o bien en un perjuicio patrimonial (multas, costas, pérdida de consignaciones)²³⁵; e) a perda dos efeitos dos atos praticados e a necessidade de seu refazimento acabaram sendo concebidos como uma espécie de punição pela desobediência à forma, comprometendo a própria celeridade e economia processual.

Pelas razões expostas, não é difícil entender o porquê da expansão da nulidade como sanção, fundamento este que surge, para a maioria da doutrina, como algo incontroverso. Segundo Manzini, as sanções processuais afetam o interesse daquele que não se ajusta à vontade da lei cuja finalidade é a obtenção de um determinado resultado, a saber: a organização, eficácia e célere desenvolvimento do processo²³⁶. Para Manzini, a sanção de nulidade vem a ser aplicada em detrimento da celeridade processual. Daí por que o Código Rocco e em seguida o próprio Código de Processo Penal brasileiro acabam seguindo uma linha limitadora da declaração de nulidade. Para Torres, “nulidad es la sanción legal, sea expresa o tácita, por la cual se priva de todo efecto en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formas para él”²³⁷.

Uma vez mais, cumpre destacar que a sanção propriamente dita decorrente da declaração de nulidade é a perda dos efeitos do ato processual realizado deficitariamente: “la sanción de nulidad importa que el acto irregular, declarado nulo, se considera, en sí y para todo efecto jurídico, como no realizado”²³⁸. Como explica De Quiros e Rodriguez, “la nulidad consiste en la sanción legal, ya expresa ya implícita, por la cual se priva a un acto procesal de sus efectos normales, cuando el mismo ha sido cumplido o ejecutado en inobservancia de las formas prescriptas para su realización”²³⁹. Também Desimoni e Tarantini concebem a nulidade como espécie de sanção processual: “La nulidad es la sanción procesal por excelencia y su característica es privar de efectos al acto y aquellos que, como consecuencia lógica, le siguen en el proceso”²⁴⁰. Na mesma linha, Alsina sustenta que “La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus

²³⁵ LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *El Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. p. 34.

²³⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. p. 98.

²³⁷ TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 31.

²³⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. p. 100.

²³⁹ DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 21.

²⁴⁰ DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia*. p. 16.

efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por la mismas”²⁴¹. De acordo com Croquez a sanção que é a nulidade deve ser prolatada pelo juiz²⁴².

Após trazer à colação uma inúmera gama de autores que sustentam a tese de que a nulidade é uma forma de sanção processual, resta ainda examinar o acerto ou não desta tese. Iasevoli chega a conceber as nulidades dentro do marco de um sistema processual sancionatório, cuja tarefa da nulidade consistiria na repriminção do princípio da legalidade violado quando da precária realização do ato²⁴³. Nesse mesmo sentido apontará Cordero que a sanção consistirá em uma reação do ordenamento à conduta confrontante à norma²⁴⁴. A aproximação da nulidade a um modelo de reação do ordenamento jurídico contra o ato que transgride a norma é muito parecida com a justificativa que se oferece à pena, a partir da prevenção geral positiva do direito penal. Como uma espécie de reação contra a invalidade, o objetivo da sanção é restaurar a validade da norma jurídica abalada pelo cumprimento precário dos requisitos componentes do ato processual²⁴⁵. Tem-se por assim dizer, uma função reparatória da nulidade em relação ao ato processual irregular, defendida por Iasevoli²⁴⁶ e Riccio²⁴⁷, que também será alargada ao âmbito da prova ilícita²⁴⁸.

²⁴¹ ALSINA, Hugo. *Las Nulidades en el Proceso Civil*. Buenos Aires: EJE, 1958. p. 09.

²⁴² CROQUEZ, Albert. *Précis des Nullités en Matière Pénale*: manuel pratique de procédure criminelle. p. 03.

²⁴³ Segundo Iasevoli o sistema sancionatório, construído sobre a projeção finalística da tutela de situações subjetivas, para as quais as sanções processuais não são outra coisa que os instrumentos de remoção do ato inválido, faz repriminar a legalidade processual violada. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 63-64.

²⁴⁴ CORDERO, Franco. *Le Situazioni Soggettive nel Processo Penale*. p. 113.

²⁴⁵ Em sentido de tentar negar a nulidade como sanção, embora ao mesmo passo sustentando tal natureza jurídica Auletta afirma que a dinâmica dos efeitos tende a emergir com força porque não há dúvida de que a subsunção de um instituto no conceito de sanção postula uma espécie de essência de reação, que logicamente não se pode mais considerar como a ação desrespeitosa à regra, sendo um *posterius*, justamente o efeito de uma causa. É que, se por um lado não se pode conceber a nulidade como sanção, no momento em que a primeira é, em relação à ação, uma coisa só, por outro não se pode impedir tal reconhecimento de todo por que a nulidade entra na série de medidas de reparação que, baseada na violação jurídica, aspira a contestar novamente a ação ilícita na ordem normativa, a emendá-la, saná-la. AULETTA, F. *Nullità e 'Inesistenza' Degli Atti Processuali Civili*. Padova: CEDAM, 1999. p. 69.

²⁴⁶ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 123.

²⁴⁷ RICCIO, G. *Introduzione allo Studio del Sistema Sanzionatorio nel Processo Penale*. In *Quaderni di Scienza Penalistica*. n.2. Napoli, 2006. p. 44.

²⁴⁸ Iasevoli aponta que a nulidade constitui o itinerário corretivo com função repriminatória para regular a sequência teleológica dos atos; dela se distinguem a inadmissibilidade e a inutilizabilidade, que apresentam os tratamentos punitivos das sanções em sentido técnico porque ambos subtraem o evento ao conhecimento do juiz: a primeira por conta do não cumprimento do ônus que se reflete sobre a demanda, ferindo a tipicidade; a segunda, pela violação da legalidade na produção da prova. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 128.

O primeiro elemento que pode ser destacado criticamente quanto ao conteúdo desta concepção, refere-se à incapacidade explicativa para a determinação da perda dos efeitos do ato como invalidade ou ineficácia²⁴⁹. Como a crítica no tópico precedente deixou entrever, a nulidade não pode ser concebida como uma declaração de ineficácia, a exemplo da posição de De Marsico²⁵⁰. De regra, a nulidade não pode ser confundida com a mera retirada de eficácia dos atos processuais praticados²⁵¹. Em primeiro plano, a nulidade não opera ausente declaração judicial que a reconheça. A necessidade de uma decisão declaratória é absolutamente incompatível com a sua sujeição à seara da sanção. Esta, prevista ou não, determina certa consequência que no caso – o descumprimento da forma processual – geraria. No entanto, não se poderia como faz a doutrina, confundí-la com a perda dos efeitos do ato, correlacionada à ineficácia, matéria que não se desenvolve no campo da invalidade. Demais disso, as palavras de Vannini e Cocciardi são exemplares na crítica à nulidade como sanção, afirmando que é certo que o termo ‘sanção não é neste caso apropriado, já que a sanção acompanha a norma imperativa, não a norma que subordina a obtenção de determinados efeitos na presença de determinadas condições²⁵². A sanção é incapaz de explicar como os atos produzidos em conformidade com os elementos preestabelecidos podem gerar efeitos. Se o vício é a perda de efeito, o que seria o normal preenchimento das condições para o ato? Como assinala Tovo e Tovo, “nulidade é a falta ou imperfeição jurídica que pode tornar o processo ineficaz no todo ou em parte. A sanção seria, assim, a consequência (nem sempre ocorrente) da nulidade e não a própria nulidade”²⁵³. Como se pode perceber há uma nítida diferença que separa a declaração de nulidade da perda dos efeitos do ato precariamente realizado, geralmente atribuível como

²⁴⁹ Como aponta Coutinho “a extensão da idéia de ameaça de um mal ou sanção de caráter penal imposta pela lei para casos de violação de uma norma, de forma a incluir a nulidade, é uma fonte de confusão”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p.115.

²⁵⁰ Segundo De Marsico a nulidade é a sanção na qual se incorre realizando um ato com a inobservância da forma que, sob a ameaça desta, é prescrita pela lei. Essa constitui um aspecto da imperfeição ou consequente ineficácia do ato processual: o ato é nulo sempre que falte um ou mais requisitos previstos na lei, que são importantes por ser prescritos com o rigor da sanção em exame: em tal caso, o ato não pode produzir nenhum efeito, tornando ineficazes todos os atos sucessivos dependentes. DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 134.

²⁵¹ Segue explicitando Coutinho que “não poderá prevalecer a idéia de nulidade como sanção pelo desatendimento da norma. Só se poderia pensar em sanção se a visão de nulidade estivesse dissociada da imperfeição ou do ato desconforme, ou seja, se a invalidade fosse um momento posterior ao vício, um efeito dele”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 120.

²⁵² VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. p.,154.

²⁵³ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Nulidades no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 04-05.

ineficácia. Como é possível ver na posição de De Marsico, a invalidade não é a mesma coisa que nulidade, mas é consequência prática ou a exteriorização concreta da nulidade²⁵⁴. Assim, a consequência concreta da nulidade é a invalidade, com a equivalente perda dos efeitos do ato (cujo termo correto seria ineficácia) mediante declaração judicial de dupla natureza: declaratória e constitutiva negativa.

A confusão conceitual entre ineficácia e invalidade é mantida pela concepção que prescreve a nulidade como uma forma de sanção processual²⁵⁵. Um segundo problema que é possível de ser identificado na teoria das nulidades é a problemática referente à diferenciação entre nulidade e inexistência. De fato, em muitos casos a respectiva diferenciação resta comprometida, determinando-se casos de forma decisionista e casuística. Como acentua Ascarelli, a diferença entre nulidade e inexistência seria determinada pelo caráter sancionador da primeira, enquanto a segunda não atravessaria o plano da existência²⁵⁶. Todavia, tal concepção ainda resulta inábil a fim de identificar o núcleo da nulidade: invalidade ou ineficácia? Uma primeira opção resultaria na admissão de que a nulidade como sanção seria uma decorrência da invalidade, e que somente os atos existentes e inválidos comportariam sanções de índole processual. Assim, a inexistência não poderia ser subscrita como sanção. Qual sua natureza jurídica, portanto? Admitir-se uma segunda opção, o que levaria a afirmar que a nulidade se resumiria na ineficácia não permitiria uma diferenciação sustentável entre nulidade e inexistência. Se a ineficácia é a perda de efeitos, onde estaria a diferença entre nulidade e inexistência? Não seriam ambos os atos processuais – nulos e inexistentes – incapazes de gerar efeitos? A doutrina comodamente aponta para uma saída simplista, ao afirmar que a inexistência não necessitaria de declaração, advindo toda a polêmica sobre a admissão da ação de *querella nullitatis*.

A nulidade como sanção não permite uma separação estrita entre nulidade e inexistência. A uma, porque as sanções processuais não podem permanecer como um

²⁵⁴ DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 135.

²⁵⁵ Também Arocena critica esta concepção de nulidade como sanção: “no consideramos a la nulidad una sanción procesal. Es por ello agregamos como característica definitoria del concepto, que la nulidad deviene del incumplimiento de *formas procesales establecidas como requisito, condición o presupuesto de validez del acto procesal*”. AROCENA, Gustavo A. *La Nulidad en el Proceso Penal*. p. 69.

²⁵⁶ ASCARELLI, Tullio. Inesistenza e Nullità. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xi. Padova, 1956. p. 62.

privilégio dos atos inválidos. A duas, pela justificativa de que o ato inexistente não precisaria ser declarado para se retirar seus efeitos é por demais infantil e artificial.

Os problemas relativos ao enquadramento da nulidade como sanção processual não param por aí. Outra posição, desta vez de Allorio insere a nulidade como sanção. À diferença das demais concepções, o processualista italiano verterá a nulidade relacionada ao direito subjetivo. Em suas palavras, assim como o direito subjetivo, o conceito de sanção se amolda ao normal funcionamento da norma, concebida como juízo sobre comportamentos humanos²⁵⁷. Como se pode observar, a teoria da situação jurídica de Goldschmidt permitiu chegar-se ao reconhecimento de que o processo penal não lida com direitos subjetivos, categoria intransmissível à seara penal. A sanção não é um mecanismo de funcionamento “normal” da norma, até mesmo pelo fato de as regras jurídicas não necessitarem de um núcleo sancionatório para seu efetivo funcionamento. De há muito foi abandonada a concepção imperativista que atribui à norma um caráter estritamente sancionatório.

Carnelutti assinalará a nulidade como uma forma de se tentar evitar a produção irregular dos efeitos de um ato. Neste sentido, “o assinalamento de uma nulidade é uma medida jurídica, mas sua finalidade não é reagir contra um evento produzido, mas evitar a produção do mesmo; por outro lado, a lei limita-se a impedir os efeitos do ato, e a perda que dele deriva ao agente é uma consequência puramente natural”²⁵⁸. Como se pode observar, Carnelutti destaca, a exemplo de Allorio, que o mecanismo da perda dos efeitos de um ato, embora não faça menção à sanção, é uma consequência natural.

A declaração de nulidade insista-se, é absolutamente normativa, requerendo a manifestação de ordem judicial. Não se trata de uma categoria que se instala no seio do “normal funcionamento da norma” ou ainda, ontologizando-se a nulidade como uma decorrência natural. Uma declaração judicial que chancela a perda dos efeitos de um ato jamais pode ser obtida num sistema de “pura causalidade”, como se a metafísica “voluntas legis” que atribui requisitos aos atos processuais pudesse imprimir uma força capaz de, por si mesma, restaurar os interesses tutelados mediante as formas corrompidas.

²⁵⁷ “Lo mismo que el concepto de derecho subjetivo (en la demostración provisional antes esbozada), así también este concepto de la sanción, lejos de poseer autonomía, y tanto más de perfilarse como extremo esencial de la norma jurídica, se manifiesta así perfectamente reducible al normal mecanismo de la norma, entendida como juicio sobre comportamientos humanos”. ALLORIO, Enrico. *El Ordenamiento Jurídico en el Prisma de la Declaración Judicial*. Buenos Aires: Europa-América, 1958. p. 37.

²⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2. 2 ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 680.

De acordo com De Giovanni a sanção é esquema normativo que nasce em relação a um objeto de qualificação jurídica, não em relação ao *quid facti* que é o ato nulo²⁵⁹. A nulidade se dará, nas palavras do autor, em relação àquele objeto de imputação jurídica processual, cujos elementos são estabelecidos no escopo de se proteger determinado interesse. Todavia o ato nulo em si mesmo, não possui relação direta com a sanção processual. Uma vez mais, há uma completa falta de sintonia acerca do objeto da sanção e da própria natureza jurídica da nulidade. Esta recairia sobre um objeto de declaração judicial ou diretamente sobre o ato realizado precariamente? Como seria possível justificar a existência de uma declaração de nulidade sobre determinado ato sem uma necessária e prévia análise qualificatória da sanção e sua relação com o objeto normatizado?

A impossibilidade de se relacionar a nulidade como uma forma de sanção processual parece-nos à esta altura, incontornável. Inegável que a tese da nulidade como sanção adquire status de teoria prevalente no processo penal: a tese que vê na invalidade uma forma de sanção surge preferível, sobretudo referida ao processo penal²⁶⁰. No entanto, possui extremas dificuldades para explicar a diferença entre a natureza da nulidade e da perda dos efeitos dos atos processuais, que são coisas absolutamente diversas. Igualmente, a nulidade como sanção mantém em torno de si a confusão conceitual entre invalidade e ineficácia, gerando não apenas a falta de consenso sobre a temática, mas desvelando a precariedade de seus elementos de base. Ademais, resulta pouco hábil para contornar a diferenciação entre nulidade e inexistência. Finalmente, a nulidade como sanção permite que inspirações as mais diversas sejam justificadas. Alguns autores vêem a sanção processual de nulidade como estando a serviço das garantias constitucionais. Outros, a serviço da intolerância própria dos regimes autoritários.

De Giovanni assenta a nulidade como uma forma de proteção dos valores constitucionais do indivíduo no processo penal, sem prejuízo de conceber como fim mediato a proteção do Estado no correto desenvolvimento da prestação jurisdicional²⁶¹.

²⁵⁹ DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. p. 55.

²⁶⁰ DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. p. 04.

²⁶¹ De acordo com De Giovanni a regra processual cuja inobservância é sancionada com a invalidade persegue a exigência de garantia dos sujeitos envolvidos no processo, ao lado da finalidade da tutela do interesse do Estado no correto desenvolvimento da atividade jurisdicional. A categoria geral da invalidade pode ter uma *ratio* unitária na exigência de assegurar que o processo penal se desenvolva em conformidade com os princípios inspiradores da ordem constitucional. DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. p. 06.

Contudo, a nulidade como sanção não imuniza o processo penal de uma gestão efficientista de processo, nos moldes desenhados e propostos por Manzini. Para o processualista italiano, “las sanciones de nulidad no son trampas tendidas a la buena fé del juez, del ministerio público y de las partes privadas, como muestran crer ciertos leguleyos de baja esfera”²⁶². As nulidades, para o processualista italiano, de regra vêm associadas a manobras astuciosas da defesa, o que em último caso impossibilitaria a ampla consecução do intento punitivo estatal. Até mesmo autores de apego às formas democráticas como um Pisapia acabaram seduzidos pela teoria da nulidade como sanção²⁶³. Para além, esta visão reducionista e reacionária em relação às nulidades se acentua, por exemplo, na obra de Pannain, processualista italiano cuja monografia é lembrada pela imensa maioria da doutrina²⁶⁴.

Ao se possibilitar uma analogia ao tipo penal e à própria teoria da sanção, percebe-se claramente o empuxo de algumas regras e princípios operantes naquele ramo. O primeiro deles, o que se poderia denominar de uma vertente do princípio da *ultima ratio* aplicado ao processo penal. A declaração de nulidade, como a sanção de direito material, corresponderia ao último recurso disponível pelo Estado. A regra é a não utilização da sanção para casos menos graves. Logo, a manutenção e a convalidação dos atos processuais irregulares faria as vezes do princípio de intervenção mínima equivalente no direito penal²⁶⁵. Demais disso, figuraria uma faceta do princípio da subsidiariedade, pelo qual a nulidade somente seria declarada na ausência de outros remédios aptos a “salvar o ato processual de seu vício”. Se no direito penal a subsidiariedade significa afirmar que o direito penal somente pode ser chamado quando as demais instâncias do ordenamento jurídico falham, no processo penal a nulidade somente seria declarada como último recurso. No momento em que se opera a convalidação, preclusão ou até mesmo quando a finalidade do ato é atingida, não deverá o juiz declarar a nulidade. Percebe-se uma espécie de economia na declaração da nulidade, a exemplo dos princípios norteadores do direito penal, analogia possível pela transposição do conceito de sanção ao plano processual.

²⁶² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. p. 102.

²⁶³ PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. Padova: CEDAM, 1975. p.114.

²⁶⁴ PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Eugenio Jovene, 1933. p. 494.

²⁶⁵ De acordo com Pannain a razão da sanatória reside no interesse do Estado em evitar que a sanção de nulidade, ao invés de ser garantia para a inobservância dos ditames da lei processual, devesse ser arma perigosa nas mãos dos leguleios, e induza em atrasos, suspensões e queixas, através das quais se desperdiça a finalidade substancial do processo. PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. p. 438.

No entanto, enquanto no direito penal tais princípios se dão no escopo de proteção do sujeito frente ao poder punitivo estatal, no processo penal esta transposição permite falsear-se a lógica que adquiriram no seio do direito material enquanto expressão de limite ao poder estatal. Tal transposição ao processo penal significa aquela gestão da ilegalidade própria do modelo inquisitório, cujo fim último é o alargamento do âmbito punitivo²⁶⁶. De acordo com López Mesa, a concepção punitivista da nulidade merece ser abandonada²⁶⁷, tendo em vista que os efeitos de tal concepção não surtiram efeitos bons para o processo penal.

Por todas as razões expostas aqui, evidentemente a nulidade não pode ser explicada à luz da sanção processual. De acordo com Lopes Júnior, “nulidade não é sanção, pois nulidade/validade são qualidades do ato jurídico conforme ele se apresente perfeito ou não. Sanção, por outro lado, é consequência objetiva, nunca uma qualidade da coisa.”²⁶⁸ As confusões conceituais predominantes, a própria subserviência a um modelo inquisitório, por conta da transposição dos princípios que entendem a nulidade como uma anormal atividade jurisdicional não se amoldam e afeiçoam à instrumentalidade constitucional do processo penal.

Apesar de ser a teoria que dispõe do maior número de seguidores a nulidade como sanção peca pela extrema simplicidade, constituindo-se em uma reducionista forma de se entender o mecanismo da forma processual²⁶⁹. Igualmente, o seu completo desligamento da tutela constitucional impede conceber-se a nulidade de maneira afastada da curialesca “última instância”, que deve ser evitada a todo custo. Como a lógica da sanção determina à ela apenas em último caso se deve recorrer. Esta linha de raciocínio, que povoa o

²⁶⁶ Sobre o alargamento do conceito de sanção, Conso adverte que tentar uma justaposição entre a não obrigação do dever e a realização do ônus sobre o plano efetivo, reconhecendo na invalidade e em qualquer de suas formas uma sanção, constitui não apenas um esvaziamento do conceito de sanção, mas acima de tudo uma confusão entre os dois planos completamente diversos, mesmo que formalmente. O ato ilícito não realiza tipicidade alguma, assim é inválido por esta mesma razão. CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D'Invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*. Milano: Giuffrè, 1972. p. 64.

²⁶⁷ Em seu lugar o autor sugere a nulidade como mera privação de efeitos do ato irregular. LÓPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales: en la doctrina y la jurisprudencia*. p. 25-26.

²⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 395.

²⁶⁹ Para Bellavista não se pode falar de sanção em tema de nulidades, por que determinar uma nulidade é fixar uma causa de nulidade e não quer dizer, respectivamente, violar um dever jurídico e impor uma obrigação jurídica. BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. 224.

imaginário jurídico é um obstáculo epistemológico a uma atividade jurisdicional consolidada mediante a proteção do hipossuficiente.

As mais variadas justificativas para se determinar o fim de proteção da sanção (nulidade) geralmente têm como objeto a tutela do próprio funcionamento do sistema penal, o que não apenas dimensiona a coisificação do acusado no processo penal como identifica uma lógica de garantia do sistema pelo sistema (ou declaração do rompimento da forma pela forma). Com isso ainda se está muito longe se de perceber o papel a ser desempenhado pela teoria das nulidades no processo penal, que é operacionalmente assimétrico nos interesses em jogo. O destaque dessa assimetria é elementar para se poder levar adiante um processo penal minimamente democrático. Sem ingressar ainda nos pontos de reconstrução da teoria das nulidades, a seguir se passará ao exame da nulidade como ato jurídico inválido e seus desdobramentos relativamente às formas processuais.

2.5.3 A Nulidade Como Ato Jurídico Inválido;

Uma próxima análise acerca da natureza jurídica do ato processual nulo é a concepção que lhe atribui a mácula da invalidade. Para além do marco neopositivista que consagra a confusão dos conceitos de validade e vigência²⁷⁰, Ferrajoli e o conceito de validade material atentam para o conteúdo da norma²⁷¹. Para a tradição positivista, a validade se confunde com a existência da norma. Para tanto, bastaria a produção normativa por órgãos legitimados²⁷². Nas palavras do próprio Ferrajoli, “llamaré ‘vigencia’ a la validez solo formal de las normas tal cual resulta de la regularidad del acto normativo; y

²⁷⁰ “Cuando se manfieste solo en el incumplimiento de las condiciones sustanciales de validez de la norma producida, diremos que ésta no es válida aunque esté vigente, o exista, o pertenezca al ordenamiento examinado. Las normas vigentes en un estado de derecho pueden ser en definitiva, además de eficaces o ineficaces, también válidas o inválidas, es decir, jurídicamente legítimas em el plano formal pero no en el sustancial”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 359. Para Carvalho, “Enquanto vigência diz sobre a forma dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou subsunção das normas às regras de procedimento e competência; validade corresponde ao significado, trata-se de uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com os valores materiais encontrados nas Constituições”. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. p. 102.

²⁷¹ “Legitimidad jurídica formal, que se refiere solo a las formas prescritas para los actos normativos y por consiguiente a la vigencia de las normas producidas, y legitimidad jurídica sustancial, que se refiere por el contrario a los contenidos de esas mismas normas allí donde también estos estén prescritos o prohibidos por normas acerca de su producción”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 359.

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 355.

limitaré el uso de la palabra ‘validez’ a la validez también sustancial de las normas producidas, es decir, de sus significados o contenidos normativos”²⁷³.

É preciso salientar aqui que nem sempre a noção de validade enquanto conformidade da norma com os procedimentos legislativos (validade formal ou vigência) e enquanto conteúdo não conflitante com normas de ranking superior, especialmente aquelas principiológicas derivadas da Constituição da República (validade substancial) pode perfeitamente ser transportada para o quadro do processo.

Seguindo as pistas oferecidas pelo conceito de validade material, não basta a mera desconformidade dos requisitos legais para se poder afirmar que um ato processual é inválido. O conteúdo da anormalidade do ato processual também deverá ser ventilado. Assim, uma teoria tradicional das nulidades acaba padecendo do mesmo vício que a concepção de validade formal, ao “formalizar a teoria da forma”, descurando dos problemas próprios do Estado Democrático de Direito. A validade substancial está, nas palavras de Ferrajoli, relacionada com os fins a que está direcionado o Estado de Direito²⁷⁴, permitindo assim, a autonomia do jurídico frente ao político. “En el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución”²⁷⁵. A vigência diz respeito à forma, enquanto a validade se refere ao significado²⁷⁶.

Como se vê pelo resgate da teoria da validade substancial, a teoria das nulidades, no processo penal vinculado à instrumentalidade constitucional deve se preocupar com o conteúdo dos atos processuais e com a sua ruptura. Abandonar a teoria das formas processuais tradicionalmente apresentada requer não o privilégio absoluto do princípio da instrumentalidade das formas, consoante grande parte da doutrina preconiza. Uma nova roupagem da teoria das nulidades pode ser erigida a partir de um vínculo conteudístico correspondente aos requisitos normativos essenciais ao ato processual.

A invalidade do ato processual não pode ser confundida com ineficácia. Consoante apontado inúmeras vezes durante o presente capítulo, validade e eficácia são conceitos

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. p. 359.

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 22.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 26.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. p. 21-22.

absolutamente diferenciados, em que pese a inclinação de boa parte da doutrina para a manutenção dessa precária definição conceitual. Assim, verificável e cristalina a respectiva imprecisão, como no pensamento de Mossin: “convém ressaltar, nesse quadrante, que o ato processual, embora viciado e impuro, somente será nulo quando lhe for aplicada a sanção de ineficácia, isto é, quando por meio de ato jurisdicional o Estado-juiz declarar a sua imprestabilidade”²⁷⁷. Como visto a nulidade não é sanção. E muito menos poderia ser uma sanção de ineficácia, tendo em vista que esta opera não no plano normativo, mas no espectro empírico.

Nas palavras de Conde Correia, “o fenómeno validade/invalidade não coincide, de forma necessária, com o binómio eficácia /ineficácia. Existem actos processuais penais válidos que são ineficazes e actos processuais inválidos que são eficazes”²⁷⁸. Em primeiro lugar, não se pode confundir uma dimensão normativa como a validade com a problemática dos efeitos, relacionada à dimensão da eficácia. O ato processual defeituoso, não opera *ipso facto*, a retirada dos efeitos do ato nulo²⁷⁹. É necessário como demonstrado, uma declaração judicial que reconheça a vicissitude do ato processual. A partir da declaração se estenderá o apagamento de seus efeitos, cujos limites devem ser declarados pelo juiz.

De acordo com a doutrina tradicional, o ato processual nasce válido (princípio da presunção da regularidade dos atos). Somente após o reconhecimento judicializado da invalidade é que se poderá falar em ineficácia. Não se pode confundir um plano eminentemente teórico – qualificação jurídica de um ato processual – com a sua produção de efeitos, a operar num plano empírico como é o caso da eficácia²⁸⁰. Exemplo dessa problemática pode ser encontrado na obra de Pellingra, que adverte que ou se dá um conceito próprio e autônomo à invalidade, a fim de distingui-la da ineficácia, ou a

²⁷⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. p. 49.

²⁷⁸ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 96.

²⁷⁹ Nesse sentido também é o posicionamento de Coutinho: “assim, não é a produção de efeitos que determina que o ato jurídico tenha ‘validade’. Da invalidade, por outro lado, não exsurge por si só, a ineficácia do ato. A situação de nulidade implica um estado de ‘vulnerabilidade do ato’, no que tange à sua ineficácia. Há uma verdadeira ‘tendência’ para a perda da eficácia, em uma ‘visão dinâmica’ do fenómeno da invalidade que completa a visão estática enquanto vício ou defeito”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 56.

²⁸⁰ “Os conceitos de validade/invalidade, entendidos como sinónimos da conformidade ou da desconformidade entre o acto e a norma, são uma mera qualificação jurídica, com relevo num plano ideal e teórico, enquanto que o fenómeno da eficácia ou da ineficácia *stricto sensu* é uma manifestação empírica, da vida real, traduzidas, seja qual for a sua causa, pela produção ou não produção de efeitos práticos”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 98.

invalidade não há razão de existir²⁸¹. Ainda, nas palavras de Conde Correia, “mesmo no direito civil, é hoje pacífico que os actos inválidos, ainda que feridos de nulidade absoluta, podem produzir efeitos práticos e jurídicos²⁸². Um segundo fundamento para que não se deva confundir invalidade e ineficácia está intimamente relacionado aos efeitos e à natureza jurídica da decisão se a nulidade ocorresse no plano da ineficácia. Se a nulidade é a ineficácia de um ato, corolário lógico é assumir-se que uma declaração judicial seja despicienda. O ato já nasceria ineficaz. Como se poderia então falar na revisão criminal tendo como pressuposto uma condenação baseada em sentença nula? É evidente que o ato processual, que de regra possui uma materialidade assimétrica relativamente à teoria do ato jurídico, produz efeitos: “ao reverso do que sucede no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo sempre seu reconhecimento de um pronunciamento judicial em que seja não somente constatada a atipicidade do ato, mas também analisados os demais pressupostos legais para decretação da invalidade”²⁸³.

Uma decisão que declare a ineficácia de um ato processual é uma *contradictio in adjecto*. A ineficácia é mera decorrência de uma declaração preliminar, atuando como uma extensão daquela prévia análise acerca da validade de um ato processual. Nas palavras de Conso a validade não coincide, assim, necessariamente, com a ineficácia²⁸⁴. Há uma separação necessária, embora não se possa justificar uma exclusão recíproca entre os conceitos de validade e eficácia.

Entretanto, a doutrina tradicional acaba realizando uma análise absolutamente superficial da teoria das nulidades, cotejando ineficácia como sinônimo de invalidade²⁸⁵. Nesse sentido, o posicionamento de Scaparone se dá no sentido de que às vezes o ordenamento reserva ao ato inválido o tratamento que em sede de teoria geral do direito se diz próprio do ato nulo, isto é, que não produz nenhum efeito: *quod nullum est nullum*

²⁸¹ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale*: teoria generale. p. 117.

²⁸² CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 98.

²⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 21.

²⁸⁴ CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D’Invalidità*: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali.. p. 16.

²⁸⁵ Para esta doutrina, segundo Coutinho “ato nulo seria sempre ineficaz. É de se descartar, por inadequada, essa visão da invalidade”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual*: um estudo para o processo do trabalho. p. 55.

*producit effectum*²⁸⁶. Em outras palavras, novamente há confusão entre ineficácia e invalidade. No mesmo sentido, aqui, é possível observar a assertiva de De Giovanni, para quem a nulidade converge, em suas várias construções, no ponto da ineficácia²⁸⁷. Tomando-se em conta os argumentos apresentados, possível e necessário abandonar a simplista e reducionista equiparação de validade e eficácia. Conso explica facilmente o raciocínio que permite tratar como sinônimos ambas as categorias. De acordo com o processualista italiano, considerando ora como perfeito o fato que corresponde perfeitamente, isto é integralmente a determinado modelo, e ora como eficaz o fato que produz os efeitos típicos daquele modelo, se chega a formular a coincidência entre fato perfeito e fato eficaz²⁸⁸. Do ponto de vista negativo, a desconformidade da forma processual operaria, de per si, a ineficácia, o que se não pode aceitar.

Obviamente, a autonomia dos conceitos de invalidade e de ineficácia não significa a sua completa e irrestrita desconexão²⁸⁹. É lógico que a declaração da nulidade trará efeitos para o plano da eficácia, mediante a desconstituição dos efeitos do ato processual irregular²⁹⁰. Uma vez mais, nas palavras de Conde Correia, “com a declaração de nulidade – em qualquer uma de suas faces – e mesmo de inexistência jurídica, o juiz estabelece a ligação entre o plano jurídico, onde se move a invalidade, e o plano real ou da efectiva ineficácia dos actos processuais penais inválidos”²⁹¹. Um duplo efeito ocorre quando da declaratória da nulidade e da desconstituição dos efeitos do ato viciado. A primeira consequência pode ser descrita como o esvaziamento dos efeitos daquele ato írrito, não podendo servir para o fim destinado. A segunda consequência é a sua renovação, quando possível (exceção feita aqui aos atos não-repetíveis). “A declaração de nulidade destrói os

²⁸⁶ SCAPARONE, Metello. *Procedura Penale*. p.422.

²⁸⁷ DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. p. 39.

²⁸⁸ CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali: perfezione ed efficacia*. p. 17-18.

²⁸⁹ “Da mesma forma que a validade e a eficácia, assim também a ineficácia e a invalidade são consideradas por mim, se não por todos, como sinônimas: as distinções que costumam colocar entre estes dois pares complementares de vocábulos não podem, certamente, ser consideradas incorretas, mas não me parecem convenientes, sobretudo em relação à necessidade de simplificar, dentro do possível, a construção e a Designação dos conceitos. Em resumo, é possível designar como ‘invalidade’ a consequência da falta de um requisito interno e como ‘ineficácia’, a consequência da carência de um requisito externo do ato”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2. p. 678-679.

²⁹⁰ Nas palavras de Coutinho, “deve-se concordar que a invalidade não é sinônimo de ineficácia: nulo não é o ato ineficaz; nulo é o ato atípico que tende à ineficácia”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 57.

²⁹¹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 131.

efeitos que o acto processual penal inválido tenha produzido, tornando imperiosa a sua renovação, a menos que esta já não seja possível, nem necessária”²⁹². A declaração de nulidade operará como uma decisão constitutiva negativa, pois possibilita a desconstituição do ato inválido²⁹³. Para além, como será exposto, a decisão de invalidade operará, simultaneamente, como uma *fattispecie* de exclusão da competência, já que o afastamento do magistrado que tomou contato com a fonte de invalidade torna-se uma garantia própria do *fair trial* e de seus princípios afins. Sobre tal temática no próximo capítulo se voltará de forma mais aprofundada.

Retornando ao problema da invalidade, a doutrina costuma traçar uma distinção entre a natureza jurídica da decisão que reconhece a nulidade absoluta ou relativa. De acordo com Conde Correia, “a generalidade da doutrina defende que esta declaração é constitutiva no caso das nulidades relativas e declarativa no caso das nulidades absolutas e da inexistência”²⁹⁴. Esta distinção entre a natureza jurídica da decisão que declara a nulidade absoluta e a relativa é completamente desnecessária e contraproducente no campo do processo penal. Em primeiro plano, porque consoante será exposto, a diferença entre nulidade absoluta e relativa encontra sérios óbices em sua aplicação ao processo penal. Em segundo lugar, a diferença de natureza jurídica da decisão quando há ruptura da validade de um ato processual penal não pode ser explicada pela dicotomia nulidade absoluta/relativa. A costumeira característica de a nulidade relativa violar princípio de interesse da própria parte processual e a absoluta de lesar interesse de ordem pública não se sustenta para permitir falar-se em uma diferente natureza jurídica da decisão que reconhece ambas nulidades.

Assim como a nulidade absoluta, a nulidade relativa também atinge a forma processual, a ponto de restar a instrumentalidade constitucional do processo penal comprometida quando em jogo a violação a requisitos normativos. Nas palavras de Conde Correia “neste sentido a invalidade é um conceito unitário, que exprime todos os desvios entre as disposições processuais e a actividade empreendida, capazes de legitimar uma

²⁹² CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 132.

²⁹³ De acordo com Coutinho, “a decretação de nulidade ou a anulação do ato jurídico visam, portanto, à ineficácia, apenas se declarando a situação de invalidade”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p.57.

²⁹⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 133.

pretensão eliminatória dos efeitos jurídicos produzidos”²⁹⁵. Ao se observar a análise de Pellingra, o conceito de validade deve ser formulado em relação ao ordenamento jurídico²⁹⁶. Validade é a posição do ato em relação a um determinado ordenamento jurídico²⁹⁷. Ao se precisar a inserção do ato processual em relação ao ordenamento jurídico, resgata-se a fundamentação constitucional do ato processual. Nas palavras de Maier, “se puede decir que ‘nulo’ es el reverso de ‘válido’”²⁹⁸. Desta maneira, como qualificações jurídicas reversas, não se poderia afirmar uma natureza jurídica diversa da decisão que declara o ato inválido, seja nulo absoluta ou relativamente. Esta razão adquire maior significado no momento em que se passa a reconhecer que “a noção de invalidade tem um conteúdo negativo, exprimindo um juízo depreciativo, de não conformidade entre o acto praticado e o seu paradigma normativo”²⁹⁹. Como se pretender falar, portanto, em naturezas jurídicas diversas? Não há diferença qualitativa entre uma declaração judicial que anule o ato processual tendo como substrato teórico uma nulidade absoluta ou relativa. De acordo com Conde Correia, “em termos teóricos, qualquer actuação inserida no processo penal, da mais insignificante à mais complexa e relevante, só pode ser reputada válida ou inválida se for obrigatório proceder, ou não proceder, de certa forma”³⁰⁰.

No processo penal as formas não são objetos manipuláveis e flexíveis os quais podem ser moldáveis de acordo com a vontade judicial ou da parte acusadora. O resguardo da forma processual e a invalidade do ato processual defeituoso possuem razão de existência no momento em que se reconhece o processo penal como espaço assimétrico por excelência, traduzindo-se o apego à formalidade como garantia contra o arbítrio punitivo. De acordo com Cordero no processo penal, em particular, não são previstos atos os quais o juiz possa simplificar o acrescentar à estrutura: suprimir um elemento prescrito ou introduzir algum sem previsão no código, significa usurpar uma investidura normativa que o ordenamento não outorga ao intérprete³⁰¹. O primado e império das formas, ao contrário

²⁹⁵ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 102.

²⁹⁶ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. p. 118.

²⁹⁷ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. p. 118.

²⁹⁸ MAIER, Julio B. J. *Función Normativa de la Nulidad*. p. 135.

²⁹⁹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 87.

³⁰⁰ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 91.

³⁰¹ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 70.

de um fenômeno que se expande justifica todas as proteções fundamentais que instalam um procedimento no processo penal, cuja obediência trata da tentativa de evitabilidade do erro judicial.

A teoria da invalidade aplicada ao processo penal, no que diz respeito às nulidades está associada aos direitos fundamentais do acusado. A ineficácia é a consequência que permite o desfazimento do ato afetado pelo vício de validade. Dependente, como sustentado, de uma declaração judicial³⁰². As condições dos atos processuais revestem, em última instância, a base principiológica emanada da Constituição da República. Se o processo penal e mesmo o procedimento são impensáveis ausentes os atos processuais, da mesma forma as condições dos atos são as estruturas mínimas de sua constituição. A validade do ato processual, exteriorizada pelos seus requisitos normativos corresponde à concretização dos princípios constitucionais. Para Scaparone a invalidade é, portanto a condição do ato processual que para isso, na falta da integração de um requisito seu e portanto, por conta de um vício que o afeta, não produz os mesmos efeitos que ele produziria se fosse cumprido em conformidade com o seu modelo legal³⁰³. Se esta teoria das nulidades significa uma espécie de otimização dos princípios constitucionais capazes de alavancar a noção de instrumentalidade constitucional do processo penal, somente pode perfilhar-se, a fim de se garantir sua funcionalidade, a um Estado Democrático de Direito. Uma vez mais, de acordo com Conde Correia, “a invalidade processual penal é precisamente a principal consequência da inobservância dessas disposições, decorrentes do Estado de Direito Democrático constitucionalmente consagrado e exigência inelutável de um processo penal com todas as garantias de defesa”³⁰⁴. O respeito às formas processuais diz muito sobre o grau de autoritarismo de um determinado ordenamento jurídico-penal. A prevalência da validade dos atos processuais em detrimento do efficientismo persecutório figura em um modelo de tratamento respeitoso ao acusado, afastando o dogma da ilegalidade congênita próprio do sistema inquisitorial. Exemplo dessa tipificação que

³⁰² Confirmando esta posição Coutinho: “a invalidade é a situação de desconformidade, atipicidade do ato jurídico, por não estarem presentes todos os elementos previstos na hipótese normativa também no suporte fático. Esta situação torna o ato vulnerável quanto à sua eficácia, possibilitando a cessação da produção dos seus efeitos pela decretação da invalidade por um ato judicial, por vezes com extensão retroativa. A invalidade não se identifica com a ineficácia, que nada mais é do que a efetiva produção dos efeitos próprios do ato”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 70.

³⁰³ SCAPARONE, Metello. *Procedura Penale*. p. 422.

³⁰⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 24.

remete a nulidade a uma solenidade disfuncional é perceptível na conceituação das nulidades como *erros in procedendo*. Para Conso a doutrina processual é, em boa parte, orientada no sentido de limitar a invalidade aos vícios formais, isto é, para usar uma expressão mais clara, aos *errores in procedendo*³⁰⁵. Esquece-se da dimensão de conteúdo anteriormente mencionada.

Uma maneira diversa de se conceber a nulidade no processo penal vem dada por Conso, que defenderá a proposta da nulidade como não livramento de um ônus: o de realizar a forma típica regularmente. Por intermédio desta postura, segundo uma primeira tese a invalidade poderia construir-se como a realização deficiente de um dever de conformação do ato previsto no modelo legal³⁰⁶. Um importante passo na democratização do processo penal é dado. A invalidade do ato processual penal ocorrerá sempre que a acusação ou mesmo o juiz não lograr êxito na plena demonstrabilidade da realização do ato processual em conformidade com seus requisitos normativos. É o que Binder identificou como princípio da favorabilidade.

A simples alegação do acusado, pleiteando a declaração de nulidade do ato processual é hábil a ensejar o reconhecimento do vício no caso de a acusação ou o magistrado não demonstrar a perfeição da concretização do ato. A carga probatória da validade aponta no sentido inclusive, de se abandonar a presunção de regularidade do ato processual penal (uma espécie de extensão do princípio vigente no direito administrativo da regularidade dos atos da Administração Pública, por sua vez também pautada no mitema de que o rei jamais erra – *the king can do no wrong*). A assimetria das cargas probatórias também no plano do ato processual, como proposto por Conso permite a passagem para uma teoria das nulidades que não sejam consideradas como verdadeiros obstáculos processuais.

Em sua obra Binder afirma que a teoria das nulidades não deve se movimentar no eixo da validade/invalidade³⁰⁷. “O eixo de uma teorização deve girar ao redor da função ou

³⁰⁵ CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D’Invalidità*: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali. p. 16.

³⁰⁶ DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. p. 04.

³⁰⁷ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 09.

finalidade das formalidades especificamente processuais”³⁰⁸. O processualista acredita que o sistema de nulidades poderia gravitar em torno de três grandes blocos: a) um sistema de garantias, cuja finalidade seria a proteção do acusado contra o arbítrio estatal. Neste caso, as formas processuais permitiriam a detecção da violação dos princípios protetores do acusado; b) um princípio de institucionalização do conflito, no qual seriam sopesados os interesses da vítima; c) um princípio de objetividade, pelo qual seria guiado o Ministério Público³⁰⁹. Evidentemente, Binder traça importantes críticas ao modelo posto das nulidades processuais. Todavia, o abandono da categoria de invalidade não gerará nenhum ganho teórico efetivo. Não raro, a preconização do abandono da validade para se operar com princípios³¹⁰ em jogo tem o demérito de deixar toda a resolução da imperfeição para o plano constitucional, o que a seu tempo foi reconhecido como algo não salutar.

Que as garantias representem uma proteção do acusado contra o Estado parece algo mais do que certo. Entretanto, a justaposição da vítima junto ao conflito, devendo o sistema de nulidades tutelar um pretense direito subjetivo daquela parece ser manifestamente contraproducente. A uma pela ausência de direitos subjetivos no processo penal, como demonstrado a partir das premissas de Goldschmidt. A duas pela incapacidade de tutela do processo penal da vítima, que deve ser objeto de proteção de normas que atuem anteriormente ao crime ou inclusive trabalhem a partir de políticas públicas de revitalização e proteção dos direitos subjetivos das vítimas violados pelo agente. Entretanto trata-se de direitos sociais cuja exigência se deve dar em campo diverso do processual penal. A instrumentalidade constitucional do processo não permitiria uma dupla proteção em níveis tão antagônicos.

Para finalizar o presente tópico, o que importa no momento é a conclusão de que a nulidade corresponde à inadequação do ato ao modelo normativo, correspondendo tal anomalia à invalidade. Esta invalidade precisa ser declarada judicialmente. Como

³⁰⁸ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 10.

³⁰⁹ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 36.

³¹⁰ “A norma geral não pode ser outra que uma cláusula aberta de base constitucional, sem vínculo algum com a interpretação restritiva, idéia de legalidade ou tipicidade das nulidades. Todos esses conceitos são inaplicáveis a uma interpretação ampla e progressiva dos direitos fundamentais”. BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. p. 16.

conseqüência, a retirada dos efeitos do ato inválido constitui-se não no plano normativo, mas empírico³¹¹.

A seguir, passa-se ao exame de mais uma teoria que tem por objetivo explicar a natureza jurídica do ato processual nulo. Trata-se da teoria do tipo constitucional, que especialmente no Brasil congrega muitos seguidores.

2.5.4 A Doutrina do Tipo Processual e Constitucional

A alternativa teórica desenhada ao longo dos anos e que procurou ocupar o espaço deixado pelas lacunas inerentes à concepção da nulidade como sanção processual é a do tipo processual (para alguns constitucional). A idéia central nutrida a partir dos problemas gerados pela nulidade como sanção é a de que, como o seu símile no direito penal, a forma processual constitui-se como uma *fattispecie*. A incidência da nulidade corresponde à violação da forma processual, assegurada pelos requisitos normativos, intrínsecos ou extrínsecos³¹².

Segundo este posicionamento, a forma processual assemelha-se a um tipo, denominado de tipo processual. Uma vertente desta concepção pode ser localizada na doutrina brasileira, que associa a forma processual aos princípios constitucionais. Assim, toda violação da forma corresponderia, em igual simetria, a uma lesão aos princípios de ordem constitucional. Como aponta Creus, “la nulidad, por tanto, arranca de un vicio del acto realizado que es suficientemente grave como para desubicarlo respecto del tipo procesal. Se la puede mentar como la característica negativa que lo priva de la eficacia que

³¹¹ Em síntese lapidar sustenta Coutinho: “a invalidade é a adequação não completa quando da incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático que, pela defeituosidade, determina uma vulnerabilidade quanto à eficácia, independe, pois, de um pronunciamento judicial. Da invalidade não necessariamente decorre a ineficácia do ato. O ato inválido gerará efeitos até que um juiz dela conheça e, verificando a inexistência de fatores impeditivos de declaração ou argüição, desconstitua a eficácia. A invalidade não é a sanção como conseqüência jurídica prevista para o ato desconforme, mas a situação de atipicidade que determina uma vulnerabilidade quanto à eficácia; a invalidade diz respeito ao ato em si considerado, não aos seus efeitos”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 435.

³¹² “Tendo o processo a natureza de direito público, devem ser obedecidas pelas partes as formalidades previstas na lei processual, de molde não só a atender aos requisitos intrínsecos dos atos processuais, como se fixar o modo de exteriorização do ato a ser praticado”. LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185.

en el proceso el tipo atribuye al acto perfecto”³¹³. O ato processual equivaleria à norma proibitiva de direito penal, cuja prescrição ao ser realizada pelo agente, implicaria na aplicação da sanção prevista. Uma teoria das formas processuais concebidas como tipos – muitas vezes de caráter constitucional – apesar de tentar evitar os equívocos da teoria da nulidade como sanção resulta inábil para servir como sustentáculo da natureza jurídica das nulidades.

É preciso salientar que para esta concepção das formas processuais, a subsistência de uma noção de tipicidade é parte ativa do núcleo teórico. Segundo a doutrina majoritária vinculada a esta posição, “tipicidade processual é o enquadramento da relação ou do ato processual junto à descrição prevista em lei”³¹⁴. O resultado produzido é a idealização da nulidade como mera ruptura da forma, quase que numa espécie de reprodução da nulidade como mero desrespeito à norma (idéia de taxatividade e legalidade das nulidades). Como se pode observar, a doutrina definirá a nulidade da seguinte maneira: “é o efeito ou consequência da falta de cumprimento das disposições legais”³¹⁵. Mais adiante segue Mossin declarando que “nulo será o ato processual que for realizado sem a tipicidade demarcada pelo direito processual penal. Para que o ato processual seja válido, tem que ser típico, sem defeito, ajustando-se perfeitamente à forma que traçou a lei processual penal para sua consecução ou feitura”³¹⁶. A doutrina, ao analisar a denominada teoria do tipo processual se preocupa em tentar explicar que a nulidade é o mero rompimento de uma fórmula prescrita legalmente, o que não representa um ganho científico no tratamento do principal problema que reside exatamente na retirada dos efeitos dos atos. “La noción de tipo procesal (abarcando los sujetos y los modos del acto) es el fundamento dogmático para delimitar la de invalidez procesal, ya que ella sólo puede originarse en un defecto interno del acto”³¹⁷. Como se percebe na posição de Creus, há uma grande confusão entre a invalidade e o fundamento das formas processuais. A invalidade é a qualificação jurídica negativa que recai sobre o ato processual desprovidos de todos os elementos essenciais à sua caracterização. O aludido fundamento dogmático denominado “tipo processual” remete

³¹³ CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales*: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 09.

³¹⁴ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no Processo Penal*. p. 19.

³¹⁵ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. p. 31.

³¹⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. p. 48.

³¹⁷ CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales*: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia. p. 03.

necessariamente às condições do ato processual concreto. Desta maneira, equivaleria à afirmação de que o tipo processual (os elementos do ato???) delimita as condições de sua (in)validade. Tal construção é absolutamente despicienda, pois remete e devolve, obrigatoriamente, aos próprios elementos - sejam eles extrínsecos ou intrínsecos - de sua perfectibilização a delimitação do âmbito de invalidade. O problema fundamental relativo às exigências da realização do ato em conformidade com os predicados normativos recai sobre a o juízo de validade de um ato. Agregar-se à esta justificativa a noção de que o tipo processual não tem o condão de satisfatoriamente, justificar por que o rompimento da forma desencadeia uma declaração de nulidade.

A declaração de nulidade não precisa reportar-se a um tipo processual não realizado. Até mesmo pelo fato de tal aproximação manifestar-se como uma forma velada de reintegrar-se o conceito de nulidade como sanção processual. De acordo com Creus, o problema da validade está diretamente “relacionada con la teoría general del tipo (más bien entendido en el sentido de ‘figura’). Y la de la invalidez de los actos procesales, por supuesto, también se relaciona directamente con la teoría del tipo procesal en cuanto éste es el que condiciona la eficacia para el proceso de los actos en él realizados”³¹⁸. Percebe-se nitidamente aquela confusão conceitual que interliga eficácia e validade. E, para além, a noção de tipo processual indica uma forma de vazio conceitual que misteriosamente preencheria a sua forma. Com efeito, o que protegeria a forma processual limitada por um tipo? As normas penais incriminadoras, os tipos proibitivos servem, de acordo com a doutrina majoritária, como formas de proteção de bens jurídicos. A sanção prevista na norma penal incriminadora seria capaz de tutelar determinados bens jurídico-penais, aqueles mais importantes para a sociedade. O tipo processual protegeria a forma pela forma? Ou ainda, o tipo processual representaria o baluarte contra a indissolubilidade das regras processuais?

A vicissitude representa o desrespeito às formas estabelecidas no intuito de se proteger garantias do acusado. A idéia de que “o processo exige uma atividade típica”³¹⁹, alimenta um aparato teórico que não consegue preencher as lacunas deixadas pela nulidade como sanção. Como aponta a doutrina, “os atos nulos são aqueles em que a falta de

³¹⁸ CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales*: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia. p. 02.

³¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 19.

adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo”³²⁰. Ou ainda, mais adiante, a manifestação do vazio conceitual alhures referido vem novamente à tona: “cumpre ao legislador ordinário estabelecer a constituição intrínseca e extrínseca do ato processual, enfim, o modelo segundo o qual este deve ser praticado: *Forma dat est rei*. A isso se chama de tipicidade do ato processual”³²¹. Não servirá, adverte Pellingra, reconduzir a invalidade à imperfeição de um tipo (*fattispecie*)³²². A não conformidade do ato processual ao modelo legal gerará a impossibilidade da produção dos efeitos em conformidade com a destinação típica do ato³²³. A crítica estabelecida por Pellingra denuncia a ausência de justificativa para a declaração judicial de nulidade.

Afirmar que o tipo processual delimita os elementos normativos dos atos judiciais equivaleria a asseverar que a forma protege a forma, remontando um sistema de nulidade legal. A fim de suprir esta carência teórica, parte da doutrina filiada à noção de tipo processual procurou vincular a forma processual aos princípios constitucionais. De acordo com Creus, “el tipo es siempre la descripción de un actuar o de un omitir a los que se asigna determinadas consecuencias”³²⁴. A partir daí, a infração aos elementos normativos do ato processual estaria fundamentada a partir da violação a preceitos de caráter constitucional. Exemplificativamente, possível o assentamento teórico da nulidade no princípio do devido processo legal, na esteira de Creus: “Coincide la doctrina en que la base fundamental de la estimativa de finalidad es el funcionamiento de la garantía general del debido proceso”³²⁵. Desta maneira, a finalidade do ato processual é a garantia da cláusula *due process*. Esta posição também pode ser encontrada em Grinover, Fernandes e Gomes Filho, que sustentam que “no caso de atipicidade constitucional, descumprida a observância do tipo imposto pela Constituição, a estatuição de invalidade há de ser buscada na Constituição ou

³²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 21.

³²¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. p. 46.

³²² PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. p. 117.

³²³ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. p. 128.

³²⁴ CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia*. p. 03.

³²⁵ CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia*. p. 20.

no ordenamento como um todo”³²⁶. Como conclusão, o rompimento da forma processual implicaria na violação à Constituição da República.

Apesar da tentativa de superação do problema do vazio teórico deixado pela teoria do tipo processual a concepção do tipo constitucional, atentamente vinculada ao princípio da instrumentalidade das formas goza dos mesmos defeitos já apontados no momento oportuno quando da análise do referido princípio. A submissão à persecução efficientista determinada pelo princípio da instrumentalidade das formas encontra resíduos também na concepção da nulidade e do tipo constitucional. Segundo De Giovanni para declarar a nulidade é necessário que o ato declarado nulo realize a tipicidade exterior de um ato jurídico³²⁷.

Enquanto a instrumentalidade das formas prevê a hipótese de invalidade tão somente para os casos em que inexiste violação à finalidade do ato, a doutrina do tipo constitucional significa que somente a nulidade será declarada frente a defeitos capazes de atingir a integridade de princípios constitucionais. A principal objeção em relação à doutrina do tipo constitucional é submeter a análise da forma processual aos princípios constitucionais, necessitando de uma violação de ranking superior para que a declaração de nulidade seja realizada. Assim sendo, a teoria do tipo constitucional, associada ao princípio da instrumentalidade das formas, longe de se caracterizar por uma visão progressista e democrática do processo penal, representa a subserviência à ilegalidade congênita do sistema inquisitorial.

Requerer-se a exigência de lesão a princípios de ordem constitucional para se declarar a nulidade é uma atitude que eleva em grau máximo a idéia de economia processual e aproveitamento a todo custo dos atos processuais praticados. De acordo com o célebre pensamento de Manzini, reproduzido na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, a exigência de demonstração de lesão aos princípios constitucionais significa, por raciocínio inverso, afirmar-se que as nulidades serão reduzidas tão somente àquelas que violarem a ordem constitucional. Desta forma, não se coaduna a teoria do tipo constitucional com a instrumentalidade constitucional do processo penal. Isto porque a forma processual, mesmo quando avalizada por normas infraconstitucionais não deve ser

³²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 24.

³²⁷ DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. p. 44.

desrespeitada sob a alegação de finalidade do ato atingida. A exigência de violação a princípio constitucional para a declaração de nulidade representa o estabelecimento de um óbice, cujo fito reside na manutenção dos atos processuais viciados. Alguns atos processuais delineados por norma infraconstitucional não permitem a demonstração imediata de violação à ordem constitucional. Todavia, a nulidade assim mesmo deve subsistir. A instrumentalidade constitucional, naquilo que guarda respeito às formas processuais sintetiza a preocupação para com o estabelecimento de limites definidos ao poder punitivo. Assegurar tais limites é dever do próprio Estado. As normas processuais são garantias contra o arbítrio estatal.

A teoria do tipo constitucional³²⁸ utiliza-se de uma pretensa legitimidade amparada nos princípios constitucionais para promover justamente a violação da instrumentalidade constitucional, na mesma proporção em que os direitos humanos podem ser violados em nome de outros direitos humanos. Aqui, a nulidade absoluta seria reduzida àquela que afetaria normas constitucionais, já que consoante demonstra Nelson Pessoa esta se dará “cuando la irregularidad procesal sea de tal entidad que signifique que el acto procesal lesione una regla constitucional consagrada a favor de la persona sometida a proceso penal, determinando así que el proceso penal cause una situación jurídica perjudicial para el sujeto afectado”³²⁹.

A idéia de tipicidade processual, em um processo penal entendido como redução de danos deve ser abandonada. A instrumentalidade constitucional do processo, que visa ao implemento dos direitos fundamentais do acusado, como uma forma de proteção do hipossuficiente, não se adequa a essa visão minimalista e reducionista que a especificidade das nulidades engendra. De fato, como interpretar restritivamente os direitos fundamentais? A teoria geral do direito constitucional há muito tempo traz como condição de possibilidade para uma hermenêutica a proibição de interpretação restritiva e não progressiva dos direitos fundamentais. A isso se soma o fato de que a forma do ato processual em matéria penal não pode ser resolvida pelos mesmos critérios das formas dos atos em geral ou por uma falaciosa teoria geral do processo. A limitação da declaração de nulidade tomando-se por

³²⁸ A justificativa do tipo constitucional também é encontrada na categoria da inadmissibilidade, que será mais tarde examinada: “inadmisible es el acto que no puede ser propuesto en el proceso tal como lo fue; su defecto con relación al tipo procesal indica la imposibilidad jurídica de introducirlo en aquél”. CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales*: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia. p. 09.

³²⁹ PESSOA, Nelson. *La Nulidad en el Proceso Penal*. p. 123-124.

base o tipo constitucional acaba por introduzir no processo penal uma irrestrita erosão dos direitos fundamentais com o argumento de preservação de outros direitos fundamentais ou da própria segurança, categoria especialmente reclamada quando o assunto é restrição de direitos do acusado.

O problema principal aqui é a utilização da Constituição da República como ferramenta de relativização de princípios constitucionais, cujo aspecto mais intenso se reveste da denominada proibição de proteção deficiente. A fim de encerrar o presente ponto, cabe salientar aqui o rechaço à teoria da nulidade como tipo constitucional, justamente por representar uma espécie de barreira ou obstáculo à declaração de nulidade, o que em últimos termos e paradoxalmente, é uma violação aos próprios direitos fundamentais e à concepção do processo penal enquadrada em sua instrumentalidade específica (constitucional).

A seguir, uma vez apresentadas as teorias que procuraram explicitar a natureza jurídica da nulidade, cuja preferência aqui se ateuve à nulidade como invalidade, resta ainda examinar as categorias alinhadas à teoria do ato processual defeituoso. Assim, procurar-se-á, nesse ínterim, enfrentar os institutos da anulabilidade e da inexistência dos atos processuais.

2.6 Anulabilidade e Inexistência dos Atos Processuais: duas categorias frustradas

A primeira categoria no momento examinada é a anulabilidade. Que um ato processual seja anulável significa, ao contrário da nulidade, a dependência de sua constituição negativa, momento mediante o qual, a partir deste marco, os efeitos não mais serão produzidos. A anulabilidade de um ato jurídico assim como a nulidade atinge a validade do respectivo ato. A diferença principal reside na circunstância de que a declaração de nulidade retira todos os efeitos do ato nulificado (efeitos *ex tunc*) enquanto a anulabilidade opera efeitos meramente *ex nunc*.

Percebe-se que a anulabilidade é uma categoria própria dos atos jurídicos em geral, não servindo para o processo penal. A anulabilidade dos atos jurídicos equivaleria à nulidade relativa do processo. Esta adaptação torna despicienda a manutenção da anulabilidade ao lado da nulidade relativa como categorias distintas. Para alguns autores, a

necessidade da declaração judicial de nulidade relativa significaria anulabilidade. De acordo com Cornejo, “no existen actos procesalmente nulos, sino que todos son anulables”³³⁰. Da mesma forma, não há distinção alguma, para De Quiros e Rodriguez, entre atos nulos e anuláveis. Nos atos da vida civil, trata-se de um indicador direcionado ao julgador, sobre a inexistência de um elemento material de validade. Já no processo penal, ela somente existirá a partir de uma declaração judicial³³¹.

A diferença apontada se dá sempre no plano da necessidade de declaração judicial na dimensão do processo penal e a presença intrínseca ao ato jurídico, da não conformidade do ato frente aos requisitos normativos. Enquanto a nulidade relativa determinaria o defeito do ato – invalidade nata do ato processual – a anulabilidade seria o nascimento válido do ato, com a posterior perda da validade. De acordo com Fernandes e Fernandes, sobre a distinção suscitada, “a nulidade relativa faz com que o ato nasça ineficaz; na anulabilidade ele nasce válido, mas pode ser afetado por vício posterior, perdendo, então, eficácia. O ato relativamente nulo tem sua validez subordinada a uma condição suspensiva; o ato anulável a tem subordinada a uma condição resolutiva”³³².

Tal construção teórica não procede. O ato relativamente nulo em nenhum momento poderá afirmar-se como portador de um nascimento que imediatamente retira os efeitos do ato. O ato nulo, consoante exposição realizada ao longo do presente capítulo necessita de uma declaração judicial que declare a invalidade e retire os efeitos processuais desencadeados, sejam eles originários ou derivados. Por seu turno, a anulabilidade representaria o surgimento do ato dotado de validade, embora evento posterior comprometa o juízo de normatividade em consonância com seus requisitos. A vinculação da nulidade relativa a uma condição suspensiva e a anulabilidade a uma condição resolutiva também não oferece melhores alternativas para explicar com sucesso, no processo penal, a mencionada distinção. A doutrina portuguesa também se encontra diante de problemas semelhantes ao tematizar a diferença entre a nulidade e a anulabilidade. De acordo com Conde Correia, “segundo a doutrina a estas diferenças de índole técnica correspondem efeitos diversos. Os actos nulos caracterizam-se por não produzirem quaisquer efeitos, ao passo que os actos anuláveis produzem os seus efeitos normais, até ao momento em que o

³³⁰ CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* p.61.

³³¹ DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 29.

³³² FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Géorgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. p. 41.

vício é reconhecido e declarado judicialmente”³³³. Trata-se da mesma conclusão que a doutrina portenha ou brasileira chega, como nas palavras de Mossin: “na anulabilidade o defeito ou o vício pode ser afastado, tornando o ato eficaz; enquanto na nulidade ele não pode ser removido, fazendo com que o ato se torne inútil ou sem efeito jurídico”³³⁴. Todavia, tal dicotomia não desempenha, em nosso sentir, papel relevante no processo penal contemporâneo.

Como se pode observar é absolutamente contraproducente para o processo penal tentar explicar a produção ou a retirada dos efeitos dos atos processuais a partir do conceito privatístico de “condição”. O primeiro equívoco se dá no sentido de a nulidade, como apontado, atingir a validade dos atos processuais. A condição e o termo são elementos acidentais dos negócios jurídicos capazes de atingir a eficácia do ato jurídico. Portanto, até mesmo nesse ponto é possível perceber-se o império de uma confusão conceitual capaz de confundir eficácia e validade.

Tampouco a necessidade de declaração judicial da nulidade é hábil a servir de suporte a sustentar a aplicabilidade do conceito de anulabilidade ao processo penal. A sua improdutividade teórica é manifesta. De fato, de que adiantaria dicotomizar a nulidade relativa e a anulabilidade se não como um apelo ao momento da realização do ato processual ou a evento posterior, capaz de torná-lo irritado? O apego excessivo às formas privatísticas e com especial ênfase à teoria do processo como quase-contrato trouxe a invasão para o cenário do processo penal, da categoria anulabilidade.

À evidência, pelos argumentos expendidos, não se vislumbram razões científicas para sua categorização e inclusão como categoria autônoma na teoria dos atos processuais penais defeituosos.

Com efeito, se a anulabilidade não é um conceito suficiente para aplicação no seio do processo penal, o que se poderia falar da categoria da inexistência? De uma forma geral, por inexistência seria possível falar-se naquele ato processual que sequer atingiria o plano da existência. Seria, assim, um não-ato. Comumente a doutrina afirma que a inexistência não necessitaria de declaração judicial, uma vez que aquilo que não foi feito não necessita ser desfeito. A inexistência corresponderia a um ato processual praticado de maneira tão

³³³ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 61.

³³⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. p. 74.

irregular que não se poderia sequer falar em invalidade. O que ocorreria seria a incapacidade de o ato ultrapassar o plano da existência, o que determinaria a imprestabilidade avaliativa sob o prisma da validade. O não-ato não necessita de exame acerca da validade – adequação aos seus requisitos normativos – pela simples circunstância de que realizado fora das hipóteses normativas ou suportes fáticos. Os poucos exemplos apontados pela doutrina, somados à dificuldade prática de sua aplicação (são casos propriamente de manuais) demonstram a sua inadequação a uma teoria do processo penal contemporânea. Os aludidos exemplos manualísticos de invalidade correspondem à sentença prolatada por quem não tem a capacidade jurisdicional (ser juiz togado), da sentença sem assinatura, de audiência realizada por quem não é advogado ou inclusive em decisão do STF, de audiência realizada por defensor suspenso pela Ordem dos Advogados dá o tom da discussão.

Como afirma Cordero, “que algo ‘no existe’ es una observación histórica negativa: los inexistentes son fantasmas verbales”³³⁵. A fantasmática alquimia semântica que impregna o imaginário jurídico-penal permite o desenvolvimento de uma teoria do ato processual irregular que se move mais de acordo com um princípio da transmissão (Legendre) do que procura se adequar aos princípios constitucionais do processo penal (instrumentalidade). A inexistência, assim como a anulabilidade é uma categoria frustrada e improdutiva para o processo penal.

De acordo com a doutrina tradicional, a inexistência representaria um vício sumamente mais grave do que a nulidade, mesmo na espécie absoluta. Alguns autores chegam inclusive a diferenciar a nulidade da inexistência tendo como foco os casos em que a eiva atinge um ato processual ou a própria relação jurídica. Trata-se, por exemplo, da posição de Leone, para quem inexistência é a inidoneidade de todo o desenvolvimento dos atos (e não apenas de um determinado ato) a se enquadrar no esquema de uma relação jurídica; e se realiza na falta dos pressupostos processuais³³⁶. Para os cultores da teoria da relação jurídica, a diferença não se enquadraria no esquema dos planos ou dimensões dos atos (existência, validade e eficácia). A afetação da própria relação jurídica seria de tal forma grave que se estaria de frente a uma verdadeira decomposição do objeto

³³⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 412.

³³⁶ LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. p. 177.

do processo. Desta maneira, justifica-se o emprego do termo inexistência para a explicação de um vício do porte e da gravidade do comprometimento da relação jurídica.

Leone utiliza duas características básicas que estabeleceriam uma ruptura conceitual entre nulidade e inexistência. Num primeiro momento, cumpre lembrar que a doutrina procura diferenciar a inexistência da nulidade absoluta, os dois vícios mais graves conhecidos do processo penal. Exclui-se, por razões óbvias a nulidade relativa que se trata de uma vicissitude sanável, de menor gravidade. O primeiro traço diferenciador entre a nulidade absoluta e a inexistência reside no elemento estrutural. Aqui é que vale a máxima de que a inexistência atinge diretamente a própria relação processual, objeto do processo. Demais disso, conquanto prejudicando a relação processual, a inexistência não possui o limite temporal da sanatória final, a coisa julgada. A nulidade absoluta, no sistema italiano (valendo também para o processo penal contemporâneo) pode ser sanada com o advento da coisa julgada. A nulidade absoluta, desta forma, não acaba com toda a relação jurídica, podendo inclusive produzir efeitos em seu grau máximo, a coisa julgada. Um segundo traço diferenciador reside no que Leone denomina aspecto funcional. Enquanto a nulidade absoluta operaria dentro da relação processual, a inexistência operaria para além da referida relação processual³³⁷. Mais adiante, o mesmo Leone destaca que a inexistência afeta os pressupostos processuais³³⁸.

O primeiro problema referente ao diagnóstico de Leone diz respeito à sanabilidade da nulidade absoluta mediante a coisa julgada. No Brasil, um dos fundamentos para a rescisão da coisa julgada mediante a ação de revisão criminal é a nulidade do processo. A nulidade absoluta, pela precariedade da realização do ato, não é capaz de ser sanada. O advento da coisa julgada não tem o condão de afastar a necessária incidência das formas processuais. Seria possível inclusive, falar-se aqui, no caso de coisa julgada inconstitucional. A existência de um ato nulo absolutamente no seio do processo penal significa que a sua prática distanciou-se do devido processo legal. A nulidade absoluta afeta os direitos e garantias fundamentais do acusado, não se podendo admitir que a coisa julgada possa apagar os efeitos de violações aos preceitos fundamentais guardados na Constituição

³³⁷ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 729.

³³⁸ “Inexistencia es la no idoneidad de todo el desarrollo de los actos (y no sólo de un determinado acto) para encuadrarse en el esquema de una relación procesal. (...) en sustancia toca a toda la relación procesal o a una fase de ella. De este modo, la inexistencia debe identificarse solamente en la falta de los presupuestos procesales”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 686-687.

da República. A insanabilidade é uma das características da nulidade absoluta. Nem mesmo a coisa julgada pode servir de fundamento para que um processo em completo desrespeito às garantias mais elementares possa servir de justificativa para uma pena que se torna, frente às nulidades encontradas, ilegítima.

Não se pode desconhecer que a nulidade somente se dá mediante reconhecimento judicial. Sem tal decisão declaratória não há juridicamente, a nulidade. Desta forma, a fim de expurgar os vícios de um processo, cujo reconhecimento dos defeitos passou incólume – o que pode ser explicado devido a inúmeros motivos – a revisão criminal não pode obstaculizar que uma decisão judicial possa retirar os efeitos do processo revisado, sob pena de se legitimar uma espécie de princípio artificial de preclusão da nulidade absoluta.

Demais disso, a própria artificialidade conceitual da inexistência e seu princípio reitor – de que a inexistência não necessita de declaração judicial – demonstra uma cisão profunda entre os aspectos teóricos e práticos referentes ao processo penal. Sem o reconhecimento judicial do ato inexistente – e pense-se aqui numa sentença condenatória transitada em julgado – como é possível defender-se que o ato seja desfeito *ex nihilo*? Como se reconhecer a qualidade de inexistente a não ser pela via processual? Evidentemente, as autoridades incumbidas da execução penal reconheceriam de ofício a sentença inexistente? Essa burlesca conclusão decorrente do completo despreendimento da teoria do ato irregular da práxis forense contribui, artificialmente, para a manutenção e preservação de uma teoria inatacável, justamente pelos fundamentos abstratos e despojados de concretude que emana. Que há de mais distante da realidade do que esperar que o ato inexistente jamais possa gerar algum tipo de efeito jurídico? Parece lógico que a inexistência precisaria passar pelo crivo do controle judiciário, a fim de que se possa trazer a realidade à apreciação judicial. Todavia, desta maneira, se assemelharia em muito à nulidade absoluta, de quem já não mais se distinguiria. A diferença retornaria à gravidade dos elementos: se gravíssimos inexistência; se graves, nulidade³³⁹. O resultado é o de que em nome de uma manutenção artificial dos conceitos da teoria do ato processual defeituoso,

³³⁹ Para Di Palma a inexistência se refere à ausência ou ao vício concernente aos elementos constitutivos e essenciais do ato jurídico, que se diz resulta privado da própria fisionomia. A noção jurídica de inexistência não se confunde com a noção material de inexistência: esta última não tem importância alguma, no momento em que para um ato, que não exista naturalmente, não se põe o problema de sua validade ou de sua capacidade de produzir conseqüências jurídicas. DI PALMA, Elisabeth M.T. Inesistenza Giuridica: categoria estrema ma irrinunciabile. In PERCHINUNNO, Vincenzo. *Percorsi di Procedura Penali II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*. p. 220.

insiste-se na preservação da inexistência, mesmo à custa da realidade, como no chiste hegeliano. Por tais argumentos, a tese de Leone resta bastante prejudicada. A nulidade absoluta tendo em vista a revisão criminal é insanável, ao contrário do preceituado pelo processualista italiano.

As críticas ao conceito de inexistência não param por aí. Além dos problemas de diferença relativamente à nulidade absoluta, a inexistência é um conceito ultrapassado e, portanto desnecessário: “la propia vaguedad e inconsistencia del concepto de inexistencia jurídica, la diversidad y arbitrariedad de designación de los casos de ‘inexistencia’, y, lo más importante, la falta absoluta de norma legal a su respecto, están demostrando que esta concepción no tiene cabida, al menos, en nuestro derecho vigente”³⁴⁰, anunciam De Quiros e Rodriguez. A obscuridade do conceito de inexistência, a sua dificuldade prática não justifica a manutenção de um conceito inoperante. Como apontam Vannini e Cocciardi a diferença entre ‘nulidade’ e ‘inexistência’ do ato processual não é muito fácil pela inevitável interferência, entre os casos de nulidade e os de inexistência, de uma zona cinzenta (como, de resto, em toda distinção)³⁴¹.

É importante salientar que o conceito de inexistência deriva do sistema processual francês. Isso devido à abolição, pelo Código de Processo Penal de 1808, das conhecidas nulidades absolutas. Como acentua Conde Correia “a figura da inexistência dos actos jurídicos é uma criação da doutrina e da jurisprudência civilista francesa, elaborada no decurso do século XIX”³⁴². A inexistência constituiu-se, pela práxis e doutrina – e não pela via legislativa - como a possibilidade de retorno das nulidades absolutas por outros meios. Mascarando as nulidades absolutas com a terminologia inexistência, permitiu-se que as violações de maior gravidade às formas processuais pudessem novamente ser tratadas de forma parecida (mais rigorosa)³⁴³. A exemplo do ocorrido na França, na Itália fenómeno semelhante se verificou. Com efeito, acentua Conde Correia que “o Cod. Proc. Pen. de 1930, ao estabelecer que tutte le nullità possono essere sanate nei modi stabiliti dalla

³⁴⁰ DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 24.

³⁴¹ VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. p. 163.

³⁴² CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 112.

³⁴³ “O *Code Civil* de 1804 tinha abolido as nulidades absolutas, em conformidade com o brocardo ‘*nullitès de plein droit n’ont pas lieu en France*’, truncando os esquemas multisseculares da invalidade. Neste contexto, a inexistência constituiu, de certa forma, o renascimento da nulidade absoluta ocupando, pouco a pouco, o espaço que esta tinha deixado em aberto” CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 113.

legge’, criou condições para a sobreposição de ambos os conceitos. O florescimento da inexistência teve então lugar, principalmente, à custa das antigas nulidades absolutas”³⁴⁴. Em dois momentos históricos – e perceba-se como os Estados totalitários são avessos às formas estritas – as nulidades absolutas foram extintas pelo legislador. Como forma de restaurar veladamente a estrutura da nulidade absoluta, a inexistência configurou-se como a categoria jurídica que fez as vezes da nulidade absoluta abolida. Entretanto, atualmente, os países ocidentais mantêm em sua estrutura processual as nulidades absolutas. Despiciendo, nessa via, a manutenção da inexistência, cujo desenvolvimento foi importante no sentido de preservar aquelas formas indispensáveis e que, no entanto haviam sido expungidas pelo legislador, geralmente subserviente a um regime antidemocrático.

Importante sinalizar, de acordo com o pensamento de Cordero, que a nulidade já era conhecida do direito romano. Inclusive o termo *querela nullitatis*, que designa a ação cujo objeto é a declaração de inexistência de um ato jurídico confundia-se, no direito romano, com a ação para ver reconhecida uma nulidade³⁴⁵. Esta confusão³⁴⁶ entre nulidade e inexistência derivada da extinção das nulidades absolutas nos processos penais totalitários e o surgimento da inexistência como categoria autônoma remete inclusive, ao direito romano. A *querela nullitatis*, que servia para a declaração de uma nulidade no direito romano, atualmente serve, para alguns processualistas, para o reconhecimento da inexistência. Verificável que muitas das características atribuídas à inexistência são próprias das nulidades absolutas, daí um dos motivos da existência de uma “zona cinzenta” entre nulidades absolutas e inexistência.

Desta maneira, é possível afirmar-se que a nulidade absoluta e a inexistência são conceitos cujo objetivo é a proteção da forma processual contra aquelas violações mais lesivas aos direitos fundamentais. Desnecessário cultivar-se dois conceitos cujo âmbito de

³⁴⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 113.

³⁴⁵ “Esta singularidad léxica depende de una metamorfosis del adjetivo nulo: en latín medieval designa el acto ineficaz, como era en Roma la sentencia afectada por anomalías (*non valet*); después la sentencia absorbe algunas de ellas; el interesado debe alegarlas con una *querela nullitatis*, sometida a términos breves; por tanto, se trata de una sentencia anulable”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 412.

³⁴⁶ “He ahí lo que significa *inexistente*, en el léxico judicial: corresponde a la nulidad del derecho civil; es como si el acto no hubiera sido realizado. Los dos significados surgen de estas fórmulas latino-alemanas (Reichsabschied, 1654): ‘a sententia tam nulla quam iniqua’ el interesado tiene la carga de impugnar dentro de los diez días (§ 121); pero rige también la norma romana en cuanto a las ‘nullitaten’, que originen ‘insanabilem defectum’ ‘us der Person des Richters oder aus den Substantialibus des Processus’ (§ 122); estos vicios se pueden denunciar dentro de los 30 años”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 414.

incidência é equivalente em um e outro caso. De acordo com o próprio Leone, “el concepto de inexistencia se determina solamente en doctrina... Es evidente, por tanto, que ninguna de aquellas irregularidades que se encuentran previstas como causa de nulidad, podrán aspirar a ser consideradas como casos de inexistencia”³⁴⁷. Como se vê, a justificativa para os poucos exemplos de inexistência, cumulados com a sua inverificabilidade empírica demonstra que a sua sobrevivência, no processo penal contemporâneo, tem sua razão de existir em virtude da ausência de criticidade em relação ao processo penal contemporâneo e especialmente, no que se refere à teoria do ato processual irregular. Conforme Leone, “la inexistencia no es una categoría legislativa, sino una categoría solamente lógica”³⁴⁸.

O problema da desconformidade da teoria da inexistência do ato processual frente ao processo penal contemporâneo igualmente já fora diagnosticada por Leone: “las categorías de inexistencia y de nulidad, por efecto de la actualización de las nulidades absolutas..., están destinadas a un radical reexamen... depurándolo de las deformaciones que persistieron en la historia del proceso penal”³⁴⁹. Como exposto, o problema da manutenção da inexistência como categoria autônoma esbarra em sua esterilidade. A inexistência pode-se afirmar era a nulidade absoluta, cunhada pela doutrina e jurisprudência, na sua ausência legislativa. A presença desta última impede que a inexistência seja configurada como um instituto indispensável. Nas palavras de Silva e Gomes, “com o advento da globalização e da chamada pós-modernidade, da era do ‘tempo-real’, a inclusão do conceito de inexistência do ato jurídico como categoria de ato processual viciado tem sido objeto de críticas poderosas”³⁵⁰. Diante deste diagnóstico alguns autores inclusive têm apontado que a inexistência cedeu lugar à irregularidade. A ausência de conformidade com os requisitos normativos dos atos processuais tem levado à declaração de mera irregularidade. Há uma substituição paulatina das causas de inexistência às irregularidades, o que significa, por outras vias, a passagem de formalidade do processo à sua flexibilização.

O processo penal contemporâneo e a teoria do ato processual penal irregular não necessitam do conceito de anulabilidade, por sua vinculação a uma concepção privatística

³⁴⁷ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 728.

³⁴⁸ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 692.

³⁴⁹ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 686.

³⁵⁰ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p.226.

de processo nem tampouco da inexistência, pela sua inoperância conjugada à disfuncionalidade (mesma finalidade das nulidades absolutas). Nesse sentido, como restou demonstrado pelos argumentos apresentados, uma teoria contemporânea do ato irregular pode dispensar tais categorias, mantendo-se a preocupação para com os problemas relativos às nulidades, uma vez que as diversas espécies de invalidades não seriam ontologicamente diversas³⁵¹. O primeiro passo para a consecução desse objetivo consiste na apresentação da dicotomia nulidades absolutas e relativas e a verificação da pertinência de tal cisão. A seguir, passaremos ao exame das nulidades relativas para em seguida se examinar as nulidades absolutas.

2.7 Nulidade Relativa

A classificação empregada tradicionalmente na teoria do ato irregular traça uma dicotomia que concebe as nulidades em absolutas e relativas. De antemão, cumpre diagnosticar que se trata de uma classificação artificial, inaplicável ao processo penal. As razões desta tomada de posição serão postadas mais adiante.

Essa diferenciação elementar entre a nulidade absoluta e relativa encontra na doutrina e nas decisões jurisprudenciais, essencialmente, amplo sustentáculo. De mais a mais, as características tradicionalmente empregadas para se justificar uma diferença ontológica entre ambas as categorias são nada mais do que artifícios simbólicos, nas mais das vezes falaciosos, cujo escopo fundamental é a afirmação da nulidade relativa e a cada vez maior flexibilização das absolutas.

Identificado esse desejo amórfico, uma espécie de desejo de mimese que encampa o ato processual no processo penal, resta salientar-se – se isto já não foi feito pelo próprio leitor em sede do pensamento lógico – que as nulidades relativas, por tudo o que foi exposto no enfrentamento do sistema inquisitorial, servem à ilegalidade congênita. Assim sendo, esclarecida sob a forma de intróito toda a problemática que governa a categoria da nulidade relativa é forçoso destacar suas bases teóricas para então poder passar-se a investigação ao nível crítico.

³⁵¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual*: um estudo para o processo do trabalho.

Como acentuaria Leone, “nulidad es la invalidez de la relación o del acto procesal expresamente conminada para algunas (más graves) violaciones de la ley”³⁵². As violações à forma processual geradoras da invalidade do ato ou do próprio processo penal detêm, à luz da doutrina, graus de irregularidade ou de vício. O resultado do estabelecimento de diferentes níveis de vicissitude da forma processual é a formação de uma espécie de hierarquização de princípios ou mesmo regras processuais, de forma que quanto mais grave seja a ruptura dos elementos basilares do ato, maior o nível de irregularidade. Sob esse pretenso manto logístico, o processo penal admitiria violações à forma processual que se estabeleceriam desde as mais leves (a mera irregularidade) e que culminariam com a tolerância ao vício, àquelas que não podem ser desprezadas, dando ensejo a uma inadmissibilidade da ruptura da forma processual (nulidade absoluta). A meio caminho desses dois pontos extremos (tolerância ao ato irregular e intolerância à forma descumprida – nulidade absoluta) se encontraria a nulidade relativa.

A nulidade relativa, como vício do ato processual da mesma forma que sua congênere, a absoluta, atingiria a validade do ato ou processo penal. Todavia, a diferença a respeito da nulidade absoluta se daria no plano do interesse protegido pela forma processual. Enquanto na nulidade absoluta se protegeria interesses de “ordem pública”, a preservação da forma processual, na nulidade relativa, teria por pressuposto elementar a satisfação de interesse da própria parte³⁵³. Como apêndice desta proposta teórica, que se diga de passagem é dominante e encontra poucas críticas, dependeria, a nulidade relativa, de argüição do interessado, argüição esta sujeita à preclusão. A oponibilidade ao ato irregular não poderia ultrapassar determinado prazo ou ato processual, sob pena de uma vez reconhecida a preclusão, pela vias de seus efeitos, considerar-se o ato sanado (sanatória motivada pelo princípio da convalidação do ato processual penal defeituoso). Nas palavras de Gallo e Conso percebe-se nitidamente o rumo tomado pela doutrina no quesito diferenciação entre as duas modalidades de nulidade, operando em destaque o plano do interesse violado: as nulidades absolutas, indudiosamente mais graves que aquelas

³⁵² LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 689.

³⁵³ Para Pannain, a diferença científica e ontológica entre nulidade absoluta e relativa reside na circunstância de que a primeira deve ser declarada de ofício pelo juiz enquanto a outra é objeto do poder de disposição das partes, por isto se colocando como faculdade do juiz declará-las; a primeira isenta de sanatória e de termo, não renunciável, a relativa, ao invés, sujeita a termo e à decadência, suscetível de sanatória. PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. p. 314.

relativas, são sempre declaráveis pela iniciativa do juiz desde que não tenha ocorrido a coisa julgada, enquanto as nulidades relativas são declaráveis apenas a requerimento da parte interessada desde que não ocorra uma das várias causas de sanatória previstas pelo legislador³⁵⁴. Como se pode perceber facilmente, a principal característica (da qual promanam as demais acessórias, no que diz respeito aos traços diferenciadores entre as nulidades absolutas e relativas) se encontra na dimensão do princípio alvejado pela forma descumprida. Tacitamente se reconhece que toda forma processual protege um princípio, seja de ordem constitucional ou não; reconhece-se, no mesmo passo, um princípio de tipicidade do ato processual, o que remontaria a uma estrutura muito parecida com a norma de direito penal desde a teoria das normas de Binding³⁵⁵. Nesse sentido, o ato processual conservaria um princípio qualquer que seria violado quando reconhecido fosse o descumprimento da forma. Emblematicamente, se está reconhecendo, mesmo implicitamente, um primado da forma processual como tipicidade processual, cujas críticas se estabeleceram no momento adequado. Nesse sentido, demonstrando a vigência da consideração da tipicidade e sua relação com a sanatória Nappi afirma que quanto à causa de sanatória da nulidade não absoluta, se trata de hipótese na qual a norma, em presença de uma tipicidade não conforme ao modelo legal, exclui o efeito invalidante, enquanto assegura relevância ao outro fato que vem a integrar um aspecto diferente do ato³⁵⁶. De acordo com Constantino, a defender a idéia de tipicidade processual no plano das nulidades relativas como vícios não manifestos, “trata-se de atipicidade formal em que a desconformidade existente entre o ato e a lei apresenta defeito, cujo prejuízo deve ser demonstrado. É a imperfeição processual em que o dano formal não é visto como evidente”³⁵⁷.

³⁵⁴ GALLO, Marcello; CONSO, Giovanni. *Instituzioni di Diritto e Procedura Penale*. p. 163.

³⁵⁵ Importante salientar que a teoria da norma penal, desde a monumental obra de Binding remete para o fato de toda norma penal possuir um preceito, este sim atingido pela conduta do agente. Como exemplo simples dessa estrutura pode-se citar o homicídio, elencado no art. 121 do Código Penal brasileiro, cuja redação é “matar alguém”. Ao realizar o tipo penal, o agente não infringe literalmente a norma penal, senão a realiza no modo descrito na *fattispecie*. Entretanto, o bem jurídico vida, que justifica a tipificação é violado na medida em que o autor infringe o preceito “não matará” que se encontra insculpido por detrás da norma penal.

³⁵⁶ NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura Penale*. p. 85.

³⁵⁷ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no Processo Penal*. p. 26.

No processo penal contemporâneo e, mormente também por efeito da teoria geral do processo³⁵⁸, que permitiu transplantes conceituais de um campo a outro (do processo civil ao penal), a primazia da nulidade relativa vem ao encontro de uma política criminal repressivista, fundada sob o pálio do efficientismo. A anemia das formas processuais e o descuro para com a proteção frente ao poder punitivo despendida ao acusado são indícios de uma continuidade – demonstrada por Legendre e seu princípio da transmissão – entre o sistema inquisitório medievo e moderno³⁵⁹. De certa forma as constituições democráticas não conseguiram erradicar o que pode ser identificado como sendo o núcleo do sistema inquisitorial composto de: a) uma estética da confissão; b) uma economia penitencial; c) uma estrutura congênita de ilegalidade. Portanto, a nulidade relativa serve muito bem a um sistema inquisitorial que não apenas se manteve intacto em seu núcleo como aperfeiçoou e de adequou a uma nova forma de poder que surgiu: o poder econômico. O importante no momento é sinalizar que as nulidades relativas, pela adequação ao modelo inquisitorial (ilegalidade congênita) – e acredita-se aqui seja este o principal fator de sua perfeita sincronização no plano do processo penal contemporâneo – passam do regime de exceção à regra. Como Torres afirma, “entendemos que el carácter relativo de las nulidades de los actos procesales constituye la regla”³⁶⁰. Segundo boa parte da doutrina, a regra no processo penal é a nulidade relativa³⁶¹. Ademais, consoante Rubianes, “los actos procesales solo son pasibles de nulidad relativa, por la necesidad de su declaración judicial y posibilidad de convalidación”³⁶². Também Lorences e Tornabene se posicionam desta maneira³⁶³. Como se pode perceber, a nulidade relativa acaba ganhando o status de máxima processual, deixando as nulidades absolutas para um regime de exceção, cada vez mais claudicante no que se refere à perfectibilização de seus elementos informadores.

³⁵⁸ Segundo Pannain tal determinação coincidiria perfeitamente com aquela da doutrina geral do direito, idêntica no direito privado, processual civil, no administrativo, etc. PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. p. 313.

³⁵⁹ Para Pannain a distinção da nulidade em absoluta e relativa não seria uma arbitrária criação de qualquer sistema jurídico, mas repousa em critérios científicos de inuidosa exatidão e responde a sérias exigências do processo moderno. PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. p. 318.

³⁶⁰ TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 57.

³⁶¹ DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 27.

³⁶² RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 482-483.

³⁶³ LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 132.

A operação de sanabilidade de atos processuais não é recente. De acordo com Cordero³⁶⁴, já existia na pandectística pareceres e estudos de doutores aptos a identificar nulidades insanáveis e sanáveis. No entanto, parece que o status de estrutura primordial no campo dos atos jurídicos e posteriormente processuais (com o subsequente transplante ao processo penal) é a capacidade de flexibilização do processo, o que pode ser tido como uma exigência da modernidade. Tendo como substrato o princípio da secularização e demais disso, a própria noção de separação do profano e do sagrado (enquanto modelo heurístico e não como *modus operandi* da prática punitiva, como apontado no capítulo anterior), as nulidades relativas permitem que a informação não se perca, que o ato seja preservado, que a forma estabelecida sempre encontre, consoante o caso, roupagem de exceção a impedir a consumação da invalidade. Se não é possível atribuir-se propriamente à modernidade a criação das nulidades sanáveis, com ela é que a nulidade relativa ganha contornos de estrutura indispensável ao processo, permitindo e canalizando a estrutura da ilegalidade inquisitorial no processo penal contemporâneo³⁶⁵. Com isso é possível dizer que a teoria das nulidades é um elemento indispensável à toda estrutura processual. Com as nulidades relativas, para além, é possível manter-se um sistema inquisitorial no seio do processo penal democrático, tendo como norte a noção de sanabilidade do ato defeituoso, o que significa a gestão de ilegalidade³⁶⁶.

A primazia das nulidades relativas em detrimento das absolutas, além dos fundamentos expostos alhures encontra no princípio da instrumentalidade das formas outro importante alicerce. Como acentuará Pellingra, a diferença entre a nulidade absoluta e a relativa não consiste na observação de um requisito formal, mas na possibilidade de o ato

³⁶⁴ “Los antiguos doctores distinguían las nulidades en dos clases: *ius positivum* y *ius naturalis* o *saneables* e *insaneables*. El segundo término de las dos parejas corresponde a la actual *inexistencia*. Los codificadores posteriores al antiguo régimen reducen lo anómalo a un fenómeno endoprosesal: la sentencia irrevocable lo absorbe. Así surgió otra dicotomía: absolutas y relativas; estas últimas expuestas a diferentes saneamientos”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 416.

³⁶⁵ “Tal sistema, inspirada em evidente e exclusiva razão de rapidez e economia processuais, com a redução das nulidades de carácter geral ao patamar de nulidades relativas, isto é, de nulidades prontamente sanáveis, tinha a responsabilidade de enfraquecer notavelmente as garantias predispostas pela lei e pela constituição bem como as atividades essenciais dos sujeitos principais do processo. Garantias, que, pelo contrário, tão fundamentais para um satisfatório exercício da atividade processual que não poderiam ser sacrificadas sem um grave prejuízo da justiça substancial, pelos importantes interesses de rapidez e economia”. VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. p. 158.

³⁶⁶ Em carácter simile, Pannain destaca os motivos de abolição das nulidades absolutas pelo Código de Processo Penal italiano de 1930 como sendo aquele de evitar o pedante e danoso formalismo curial, que encontra a sua maior e pior explicação na multiplicidade e na insanabilidade das nulidades processuais. PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. p. 314.

atingir sua finalidade³⁶⁷. Em suma, retorna-se ao problema de o ato processual atingir sua finalidade, impondo-se a invalidade ao ato ou ao processo tão somente quando insuperável a atribuição de validade ao ato cuja formalidade fora descumprida. Esse ajuste entre forma e finalidade, imanente a uma concepção utilitarista do processo penal acentua-se à medida que a flexibilização da forma e a sua conseqüência inafastável (exercício de um juízo de superação do obstáculo imposto pela forma, associando-a ao sistema legalista) de concebê-la como um pensamento envolto sob parâmetros progressistas ganha contornos de uma roupagem democrática e constitucional³⁶⁸.

A partir da política da instrumentalidade das formas parece que se torna mais fácil a defesa de um juízo de valor sobre a finalidade de o ato processual restar ou não atingida. Para além, é sobre esta disposição que recairá a temática do interesse público ou privado a circunscrever os âmbitos da nulidade relativa e absoluta, via de conseqüência. As demais características da nulidade relativa seguem esta versão zarolha em relação às garantias constitucionais e à proteção efetiva a incidir sobre o hipossuficiente. Para Leone, diferindo um pouco da doutrina majoritária, a nulidade relativa se diferenciaria da absoluta não propriamente pelos princípios atingidos na prática irregular do ato processual. O caráter que conformaria a nulidade relativa seria a delimitação do objeto de prejuízo. Se o ato processual for praticado de tal maneira precariamente que reste comprometida a relação processual, estar-se-ia frente a uma nulidade absoluta. Se apenas o ato processual fosse atingido, a nulidade seria relativa³⁶⁹. O principal problema presentificado na concepção de Leone é o de deixar a cargo do juiz (mediante a decisão declaratória de nulidade no que diz respeito ao âmbito de extensão da invalidade) a possibilidade de determinação da nulidade absoluta ou relativa. Se a natureza jurídica tão somente puder ser apurada mediante os efeitos da invalidade e mais, se a invalidade é declarada judicialmente, como corolário lógico da assertiva de Leone é a circunstância de que em última instância quem decidiria pela natureza jurídica da nulidade é o magistrado. Os problemas não ficam adstritos a esse fato. Se as nulidades relativas, como referido, transmitem a continuidade do modelo inquisitorial pela incorporação de uma tolerância à ilegalidade, resulta fácil pensar que se a

³⁶⁷ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale*: teoria generale.p. 115.

³⁶⁸ Cf GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*.

³⁶⁹ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 687-688.

natureza jurídica das nulidades fica a critério do magistrado, instaura-se um sistema judicial das formas, não sujeito a controle jurisdicional (pela discricionariedade da decisão) e embalado pela possibilidade de redução de todas nulidades às nulidades relativas (já que não se oferecem critérios mais concretos de apuração e determinação dos elementos mínimos dos atos processuais). Enfim, trata-se de uma posição insustentável para o processo penal aceitar a concepção reducionista de Leone ao querer ver o tratamento das nulidades a uma pretensa e inaplicável natureza do processo penal constituída sob o manto teórico de Bulow.

Retornando-se às características da nulidade relativa, o primeiro de tais elementos acessórios é aquele que prevê que a nulidade relativa apenas pode produzir-se a requerimento da parte interessada, ao contrário da nulidade absoluta que deve ser reconhecida de ofício³⁷⁰. Segundo Cordero é afirmação comum que a nulidade relativa, a diferença da absoluta, é declarável *ope exceptionis*: um modo aproximativo de dizer que o ato nulo é válido e permanece como tal até que a parte interessada não o invalide, exercitando um poder que lhe é investido a título exclusivo³⁷¹. Percebe-se que o tratamento dispensado pela doutrina às nulidades relativas é a de categoria símile aos direitos subjetivos. Como *facultas agendi*, a parte interessada poderá ou não argüir, de acordo com seu desejo, a nulidade relativa. Não o fazendo, a instância judicial não poderá invadir o espaço privado dos interesses das partes, pelo que, via de regra, opera-se o efeito preclusivo da perfectibilização da sanatória. A não manifestação da parte interessada no prazo legal equivale a uma presunção - de duvidosa constitucionalidade, por aquilo que guarda respeito aos direitos fundamentais em jogo no processo penal e sua aplicabilidade em prol do acusado – de concordância ou aceitação quanto à prática mesmo irregular do ato. Nas palavras de Pellingra outra causa de sanatória da nulidade relativa é dada pela aceitação expressa ou tácita do atopor parte do sujeito, ao qual diz respeito a exceção de nulidade³⁷². Como se vê, a nulidade relativa é tratada como se fosse uma instituição destinada a proteger direito disponível dos sujeitos processuais, precluindo-se as vias de impugnação do ato processual defeituoso em caso de incidência da referida presunção de aceite com o ato praticado.

³⁷⁰ Cf LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*.

³⁷¹ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 31.

³⁷² PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. p. 166.

A sanabilidade, conseqüência direta da concepção que atribui à nulidade relativa ofensa a princípio ou interesse de ordem privada (leia-se do próprio sujeito processual) comporta mais alguns elementos caracterizadores, embora de menor expressão para sua configuração. Além do interesse privado e da disponibilidade quanto à sua argüição, a nulidade relativa se caracterizaria pela incidência do princípio do prejuízo³⁷³. Por este princípio, somente pode argüir a nulidade o sujeito processual que possuir interesse na invalidação do ato processual, não podendo ser admitidas pela parte antagonista. Justamente por repousar em um interesse disponível e de titularidade exclusiva do sujeito processual que se sentir prejudicado com a realização viciada do ato, o juiz não poderia declarar a nulidade relativa sem provocação. Para Leone, “nulidades relativas son las nulidades que sólo pueden se deducidas por la parte que tenga interés en la observancia de la disposición violada; no son denunciabes de oficio, y son sanables”³⁷⁴. No mesmo sentido podem ser observadas orientações semelhantes em Oliva Santos, Aragonese Martínez e Honojosa Segovia: “la anulabilidad o nulidad relativa del acto se caracteriza porque 1º se basa en la existencia de un defecto subsanable; 2º únicamente puede ser declarada a instancia de parte, produciéndose sus efectos *ex nunc*; 3º existe un plazo preclusivo para su denuncia”³⁷⁵. Novamente vem à tona a questão muitas vezes suscitada de ausência de reflexões críticas quanto à teoria das nulidades: há certo consenso doutrinário e jurisprudencial que não consegue oferecer novos critérios para a teoria do ato irregular, conformando-se com a reprodução de princípios e regras, que se justapõem como um palimpsesto e que se reproduzem tanaticamente.

Cordero propõe, a fim de tentar oferecer uma melhor resposta para a diferenciação entre nulidade absoluta e relativa, o critério de essencialidade do ato processual penal. Poderiam ser traduzidas como manifestações da nulidade relativa o vício a incidir sobre atos processuais penais eventuais. Por atos eventuais seria possível caracterizar aqueles dispensáveis ao processo, cuja realização não interferiria no produto final do procedimento.

³⁷³ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 32.

³⁷⁴ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 714.

³⁷⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HONOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. p. 270.

Pelo contrário, as nulidades absolutas restariam otimizadas naqueles atos indispensáveis ao processo penal, denominado por Cordero como atos de propulsão³⁷⁶.

A crítica que se pode estabelecer quanto ao critério de Cordero reside em dois aspectos centrais. Em primeiro ponto, a acidentalidade do ato processual não significa dispensabilidade para o processo concreto relativamente às formas reputadas normativamente para a sua realização. Seria preciso admitir uma presunção ou o estabelecimento de critérios objetivos que serviriam de parâmetro para definir a essencialidade do ato processual, o que por si só pouco ou nada indica sobre a relevância da forma para “aquele ato, naquele processo”. Um breve exemplo a fim de trazer à tona o problema oferecido. A prática de um ato irregular em uma medida assecuratória seria sempre considerado acidental, posto que não diz respeito a um ato de propulsão, para ficar com a terminologia do processualista italiano. Todavia, a apreensão de certos bens e a consideração de não demonstração satisfatória da “origem lícita dos bens” como exige por exemplo a Lei 11.343/06 estabeleceriam importante conexão com o processo principal, cujo objeto não é propriamente a discussão sobre a responsabilidade patrimonial e sim penal. No entanto esta forma descumprida que por algum motivo contribuiu para a caracterização da “não demonstração da origem lícita dos bens” poderá ser utilizada para a formação do convencimento no âmbito do processo principal. Este juízo poderia se resumir assim: “se o réu não provou a licitude dos bens se trata de um acusado que deve ser declarado culpado”. Neste singelo caso, a realização de um ato processual em desconformidade com suas formas, embora tido por acidental (a medida assecuratória poderá ou não existir) traz interferência para o processo principal³⁷⁷.

A acidentalidade do ato processual não representa um critério satisfatório para lançar-se a diferenciação entre a nulidade absoluta e a relativa. E isto por mais um problema trazido. A eventualidade do ato processual não trata de um juízo sobre a importância do meio de prova para a resolução do caso. Em outras palavras, a

³⁷⁶ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 36.

³⁷⁷ Obviamente, tal juízo de responsabilidade penal poderia existir independentemente da nulidade do procedimento acessório. No entanto, o seu descumprimento contribui para a chancela da responsabilidade patrimonial do acusado e refletindo, a posteriori, no processo principal. Também é mister deixar claro que não se está aqui concordando com a constitucionalidade de uma forma manipuladora como é aquela que, invertendo a carga probatória no procedimento incidental, permite ao magistrado configurar um critério para julgamento do principal. Este velamento da inversão da carga probatória é verificado não apenas na Lei de Tóxicos como também, para ficar em outro exemplo, na Lei de Lavagem de Dinheiro.

eventualidade não trata do caráter ligado ao princípio da persuasão racional. Um ato eventual não significa menos importante. O pedido de nomeação de assistente técnico com a formulação de quesitos aos peritos que restam, por qualquer motivo, indeferidos não constituiria ato ao mesmo tempo accidental e de inegável importância probatória? Seria possível afirmar-se que o cerceamento de defesa poderia ser enquadrado como nulidade relativa, de acordo com Cordero. Se o elemento de convicção a ser trabalhado pela defesa consistir em uma tese que necessite passar pela discussão sobre os elementos valorativos contidos na perícia, apesar deste ato ser accidental, de não menor relevância será revestido.

A accidentalidade dos atos processuais penais diz menos sobre a diferenciação entre as espécies de nulidade do que sobre o princípio da causalidade. Aqui, embora resistam os elementos de crítica apontados, é muito mais fácil vislumbrar-se a ocorrência de uma transmissão da nulidade originária às derivadas do que tentar identificar o tratamento como nulidade relativa ou absoluta. Em um ato não essencial é menor a frequência de uma transmissão das nulidades – causação de nulidade derivada – do que aqueles atos processuais indispensáveis (atos de propulsão). Todavia, sempre como critério indiciante e jamais como critério definitivo.

Como visto, a caracterização da nulidade relativa encontra na doutrina grandes problemas. Como no início do tópico se apresentou, cuida-se de uma concepção privatística de processo. Assumindo anteriormente uma posição que será justificada e fundamentada no capítulo subsequente, a nulidade relativa é subserviente e ilustrativa de um sistema inquisitorial, justamente por servir de estrutura que permite a cadeia de transmissibilidade da ilegalidade prototípica de um regime totalitário aos regimes democráticos constitucionais.

Como aspecto final salienta-se os inúmeros problemas teóricos de sustentação das nulidades relativas, para além daqueles já referidos de política criminal. A seguir, será examinada a nulidade absoluta, a fim de encerrar a apresentação das espécies de nulidades.

2.8 A Nulidade Absoluta

Ao contrário da nulidade relativa, a nulidade absoluta possui, segundo a doutrina, características e princípios orientadores diversos. A nulidade absoluta corresponde a uma

violação da forma processual mais grave do que a relativa, conforme já exposto no tópico antecedente.

Aponta-se que o interesse protegido pela nulidade absoluta é de ordem pública. Corresponderia a princípios de cariz público que transcenderiam o mero interesse das partes autonomamente concebidas. De acordo com Corsonello, a nulidade absoluta, na mesma trilha de pensamento de Leone³⁷⁸, teria o condão de invalidar a própria relação jurídica a nulidade absoluta é o vício radical que, afetando o ato processual, torna inválida e sempre antijurídica a relação processual: somente a coisa julgada faz precluir a relativa declaratória solo la res judicata ne preclude la relativa declaratoria³⁷⁹. Como visto anteriormente, a nulidade relativa pauta-se pelo princípio de sanabilidade, que significa dizer que a arguição de nulidade se sujeita à preclusão. Trata-se de uma decorrência direta do principal traço diferenciador, relativo aos interesses jurídicos em jogo em uma e outra espécie de nulidade.

A tutela da nulidade absoluta de garantias e princípios transcendentais àqueles relativos aos sujeitos processuais pode justificar uma de suas principais características: a insanabilidade. A nulidade absoluta, pela primazia dos interesses protegidos não se encontra assujeitada ao regime de preclusão como a nulidade relativa. No sistema processual penal brasileiro, esta insanabilidade autoriza inclusive o ajuizamento da ação de revisão criminal cujo escopo é a rescisão da sentença condenatória, cujo processo continha vício processual absoluto. Todavia, esta posição não é assumida em outros ordenamentos processuais penais, a exemplo do italiano e do argentino, que encontra na coisa julgada uma sanatória até mesmo para a nulidade absoluta. Nas palavras de Desimoni, “la sanabilidad de la nulidad absoluta sólo se opera mediante la cosa juzgada, a diferencia de la nulidad relativa que puede subsanarse en cualquier instancia del proceso”³⁸⁰.

Percebe-se que uma posição desta ordem permite instalar-se um registro da nulidade como sanável. Se não pela via de instâncias preclusivas a operar desde o primeiro momento processual ao menos pela via da decisão não mais sujeita a recurso. Como referido alhures, há uma tendência em transformar ou em se conceber todas as nulidades processuais como

³⁷⁸ Para Leone nulidade absoluta é a inidoneidade de todo o desenvolvimento dos atos e não apenas de um determinado ato a se enquadrar no esquema de uma válida relação processual. LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. p. 177.

³⁷⁹ CORSONELLO, Carlo. *La Norma e L'Atto Processuale Penale*. p. 92.

³⁸⁰ DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia*. p. 29.

relativas, isto é, sanáveis. A hipótese de sanabilidade da nulidade absoluta, mesmo em se tratando de coisa julgada pode ser vislumbrada nos exatos termos descritos de uma progressiva “relativização das nulidades”. É manifesto que um processo nulo, sendo que tal invalidade atinge princípios de ordem superior, ao se permitir a sanabilidade via coisa julgada consente e trata os direitos fundamentais do acusado como direitos disponíveis, que podem ser sacrificados em prol do poder punitivo estatal. A coisa julgada como sanatória da nulidade aproxima-se do pensamento do Manzini e Rocco, para os quais a nulidade constituía um mero estorvo ao eficientismo persecutório estatal. Assim, segundo Cordero é evidente esta proposta autoritária: “en el Código Rocco toda nulidad se puede sanear y resueltan saneadas las no alegadas dentro de ciertos términos. Cuesta caro este antigarantismo”³⁸¹. A categoria da sanabilidade é, juntamente com o princípio da instrumentalidade das formas, o motor de uma concepção processual que encontra nas nulidades matéria indigna e deficitária, que merece ser tratada com desprezo.

Boa parte dos ordenamentos jurídicos tolera e aceita a sanabilidade mesmo da nulidade absoluta em um nível diferenciado da nulidade relativa. Enquanto nesta última a convalidação se opera em momentos processuais já na primeira instância, a nulidade absoluta somente se convalida mediante o advento da coisa julgada. Seria possível alegar-se aqui que se trata de uma posição que protege os direitos fundamentais, na medida em que somente ocorreria a sanção com a coisa julgada, ao contrário da sanabilidade ocorrer em momento processual anterior. No entanto, não se trata de um pensamento voltado para os direitos fundamentais. A razão é óbvia. Apesar da sanabilidade não ocorrer imediatamente e sujeitar-se à coisa julgada, o problema maior é o reconhecimento tácito da admissão de uma sentença em desacordo com interesses e garantias de ranking constitucional.

Além da insanabilidade da nulidade absoluta, salvo na hipótese da coisa julgada, existem ainda outras características que a perfazem teoricamente de maneira diferenciada da relativa. Constituem como outros caracteres a sua não sujeição aos efeitos da preclusão bem como poderá ser reconhecida de ofício pelo juiz, sem sujeitar-se à manifestação de interesses dos sujeitos processuais. Como apontam Oliva Santos, Aragoneses Martínez e Honojosa Segovia, “la nulidad absoluta se caracteriza porque: 1º se basa en la existencia de

³⁸¹ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 413.

un defecto insubsanable; 2º puede ser declarada de oficio por el juez y no sólo a instancia de litigante, produciendo efectos ex tunc; 3º no existe un plazo preclusivo para su denuncia”³⁸². Como se pode perceber pelo que aponta a doutrina, os elementos caracterizadores da nulidade absoluta permitem a separação relativamente às nulidades relativas muito mais pelas conseqüências da declaração judicial do que por características que a tornam uma categoria ontologicamente diversa.

Assim como a nulidade relativa, a absoluta também atinge a validade de um ato processual. Como aponta Leone, “nulidad absoluta es la no idoneidad de todo el desarrollo de los actos (y no sólo de un determinado acto) para encuadrarse en el esquema de una *válida* relación procesal”³⁸³. À diferença da doutrina tradicional, Leone tenta justificar a nulidade absoluta no comprometimento da própria relação processual³⁸⁴, o que anteriormente já foi objeto de críticas.

A nulidade absoluta, a partir de sua consideração tradicional, tão somente se distingue da relativa pelas características que lhe são atribuídas. O que ocorre é que tais elementos não prognosticam uma construção racional e que sirva de embasamento para um modelo de processo penal ancorado em uma instrumentalidade constitucional. Em primeiro plano, a nulidade absoluta, assim como a relativa, define o descumprimento de uma forma processual capaz de atingir a validade do ato. Aqui, não é permitido traçar uma distinção suficientemente concreta para servir de baluarte à manutenção da aludida classificação. Para além, a flexibilidade das nulidades relativas, a sua adesão e moldagem a partir de parâmetros eficientistas (e até mesmo pela própria difusão do modelo inquisitorial como regime processual dominante) torna cada vez mais insustentáveis ordenamentos processuais rígidos quanto ao papel desempenhado pela forma processual. Desta maneira, a divisão

³⁸² OLIVA SANTOS, Andrés de la; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HONAJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. p. 270.

³⁸³ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 687.

³⁸⁴ “La insanabilidad de la nulidad absoluta encuentra su justificación precisamente en esto; puesto que ella invalida, no sólo el acto al cual es inherente, sino la relación procesal (o una fase), no es posible la convalidación: ésta importa la posibilidad de que un acto, no obstante la nulidad, llegue a conseguir igualmente sus efectos por intervención de un elemento... (la convalidación referida a toda la relación procesal sólo puede verificarse mediante la cosa juzgada, que precluye toda denuncia de las nulidades absolutas). (...) el juez, sobre la base de una inexistente relación procesal, no pronuncia la decisión (aunque aparentemente la dicte), ya que faltan los presupuestos para ella; si la nulidad absoluta encuentra en la *res iudicata* un límite preclusivo, ello es porque una relación procesal inválida puede todavía desembocar en una decisión que encuentre razón de consistencia en la aquiescencia de las partes. En definitiva, mientras lo que es jurídicamente inexistente, no puede ser nunca sanado, lo que es inválido (es decir, existente, pero enfermo), puede ser sanado”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 687.

entre nulidades absolutas e relativas serve à expansão e continuidade de modelos inquisitoriais mais ou menos infensos ao regime da ilegalidade. A sanabilidade das nulidades absolutas, a redução destas ao mínimo indispensável, as legislações especiais que priorizam a celeridade e a fluidez das formas são indícios do estado da questão. Em segundo lugar, a divisão entre nulidades absolutas e relativas, com a predominância da primeira espécie destaca como a classificação está a justificar a existência das segundas. A divisão e a manutenção das nulidades relativas indicam que a doutrina e a jurisprudência contemporâneas, sem a devida preocupação em relação à expansão de um modelo antidemocrático, salientam a necessidade de repensar a forma processual de maneira desvinculada da qualidade dos direitos em jogo. Ao contrário do que se podia esperar com o advento da Constituição da República de 1988, as formas processuais não encontraram um maior nivelamento a partir dos direitos fundamentais do hipossuficiente. Pelo contrário, a Constituição da República acaba por servir de fundamento para a instalação de um sistema de instrumentalidade das formas, embasado no binômio ato x finalidade. Como se pode perceber facilmente, o desajuste provocado acaba por referendar uma natureza jurídica que encontra na doutrina do tipo constitucional as portas abertas para um panorama desolador. Não de outra maneira a denominada mera irregularidade, que ocupou o lugar da inexistência torna-se cada vez mais freqüente.

O modelo italiano estampado no Código de 1930 e o próprio Código Napoleônico de 1808 são modelos perfeitos para se apurar o grau de irracionalidade do poder punitivo. As nulidades absolutas, praticamente eliminadas, deixaram o espaço aberto a uma arbitrariedade judicial sem precedentes. A constatação da precariedade de um sistema processual exclusivamente ancorado nas nulidades relativas (leia-se sanáveis) tornou insustentável o modelo proposto. A recolocação das nulidades absolutas no cenário processual penal italiano operou-se em 1955, o que desagradou os séquitos de Manzini e Rocco³⁸⁵.

³⁸⁵ Segundo Iannone a distinção entre nulidade absoluta e relativa, estabelecida no art. 136 c.p.p. de 1913, foi eliminada, como é bem conhecido pela originária formulação do art. 184 do código de 1930, onde se dispõe que 'todas as nulidades podem ser sanadas nos modos estabelecidos pela lei'. A novíssima reforma de 1955 restabeleceu, em certo sentido a distinção mediante a nova formulação do art. 185, onde se precisava que 'as nulidades previstas naquele artigo são insanáveis e devem ser declaradas de ofício em qualquer estado e grau do procediment. IANNONE, Leonardo. Soggetti, Modalità e Termini per la Deduzione delle Nullità Derivanti dall'omessa Citazione della Persona Offesa, della Parte Civile e del Querelante. In PERCHINUNNO, Vincenzo. *Percorsi di Procedura Penale* II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema. p.65.

O que se pode extrair e concluir da distinção entre nulidades absolutas e relativas é, notoriamente, a impropriedade da aplicação da noção de prejuízo e sanabilidade, própria de um sistema processual penal autoritário. Esta desgastada divisão entre nulidades absolutas e relativas não é compatível com as categorias próprias do processo penal. As conseqüências dos atos jurídicos entre as partes e o Tribunal possuem conseqüências totalmente diversas dos negócios jurídicos³⁸⁶. E, mais do que isso, mesmo processualmente, a observância das formas não pode ser conceituada como um dever das partes processuais, nos mesmos moldes de uma relação jurídica. O que existe no processo é uma distribuição de cargas processuais, não de deveres. E, desta maneira, como imperativo de interesse da própria parte (Goldschmidt).

A conseqüência mais perceptível para o processo penal reside na carência de legitimidade de um modelo que pautar toda a sua estrutura no plano da sanabilidade e do prejuízo. As próprias teorias que procuram explicar a natureza jurídica das nulidades quando muito se esforçam como é o caso de Leone, para trazer a diferenciação nulidade absoluta x relativa para o seio da relação jurídica³⁸⁷. Contudo, se a distinção fosse mais concreta do que a artificialidade retórica que lhe serve de sustentáculo, certamente melhores respostas poderiam ser obtidas quando da demonstração do suporte teórico a lhe dar guarida.

Se a sanabilidade não é um critério adequado para confiar-se a distinção entre as nulidades absolutas e relativas, poderia sê-lo a possibilidade de declaração de ofício pelo juiz, conforme o teor do pensamento de Cordero: o critério geral se pode formular assim: a nulidade relativa é declarável de ofício sempre que o órgão investido no procedimento tem poder para renovar o ato viciado³⁸⁸? Evidentemente, a resposta há de ser negativa. Uma vez mais a declaração de ofício pelo juiz, seja da sanção ou da invalidade do ato processual remete à questão de fundo, abordada quando da análise da nulidade relativa: há uma distinção qualitativa entre os interesses jurídicos tutelados pela nulidade relativa e os da nulidade absoluta?

³⁸⁶ ROSENBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. p. 15.

³⁸⁷ Tal posição também pode ser verificada em menor intensidade em De Marsico, para quem o sistema em exame, como é óbvio e as garantias predispostas pela lei na constituição das atividades essenciais dos sujeitos principais da relação jurídica atingiram uma maior energia, não apenas por que subtraídas às condições da exceção à instância de parte, mas pela persistência da eficácia da infração dentro do inteiro ordenamento jurídico. DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. p. 136.

³⁸⁸ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 34.

Sob pena de conduzir-se a uma hierarquização dos níveis de afetação da validade, o que corresponderia a conferir ao ato processual a capacidade e aptidão para declarar uma espécie de dimensão de peso dworkiana às garantias fundamentais protegidas pelas formas processuais, não é possível dedicar-se à análise dos interesses em jogo o caráter de nulidade absoluta ou relativa. Em se tratando de nulidade absoluta, de acordo com Mossin, “não se deve indagar, para efeito da sanção de ineficácia, se o ato atípico produziu ou não prejuízo às partes”³⁸⁹. A nulidade absoluta seria aquela que dispensaria a demonstração de prejuízo, ao contrário da relativa. Essa também é a manifestação de Gomez Orbaneja e Herce Quemada. A falta de um requisito essencial determina a nulidade absoluta que poderá ser declarada de ofício pelo juiz. A ausência de um requisito não essencial formal determina a nulidade relativa, sempre dependente da manifestação de interesse da parte que se sentir prejudicada pela realização precária do ato³⁹⁰. Como se pode constatar, a distinção elaborada pela doutrina e jurisprudência entre nulidades absolutas e relativas é infundada. A referida classificação, além de artificial, permite a cada vez maior ampliação do espectro de incidência das nulidades relativas, como já apontado.

A incapacidade das teorias para explicar a natureza jurídica da nulidade absoluta e relativa é mais um indício de sua construção deslocada. Se a diferença entre nulidade e anulabilidade pode ser sustentada no processo civil, no processo penal, a equivalente distinção tão somente serve para o fim de transplantar para o processo penal um regime de flexibilidade. Para além, os atos processuais penais não são simétricos em relação ao ato jurídico em geral.

Como será objeto do próximo capítulo, os elementos que sustentam a crítica à presente diferenciação serão analisados e esmiuçados no momento adequado. Uma vez apresentados os elementos constitutivos da nulidade absoluta, resta ainda uma categoria concernente à teoria do ato defeituoso para ser examinada. Trata-se do conceito de irregularidade.

³⁸⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. p. 82.

³⁹⁰ GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. p. 115.

2.9 O Ato Irregular

O ato irregular pode ser concebido como aquele que, apesar do descumprimento da forma processual, reputa-se validamente praticado. Por ser a violação à forma uma leve imperfeição, não se deve declarar a nulidade do ato processual. A mera irregularidade do ato processual significa a sua manutenção, com a confirmação de sua validade mediante o não reconhecimento da nulidade, seja ela absoluta ou relativa.

É de se destacar aqui que o termo irregularidade é empregado no sentido de “mera irregularidade”. A fim de se distinguir a irregularidade da expressão “teoria do ato irregular”, a “mera irregularidade” é uma categoria pertencente a uma teoria mais ampla. Genericamente, a teoria do ato irregular abrange as nulidades, a inexistência e a “mera irregularidade”. Neste ponto em específico, por irregularidade se poderá entender o fenômeno pelo qual os elementos do ato processual são preservados em sua validade, mesmo diante de uma violação à forma. Esse descumprimento da forma, ao não atingir princípio ou interesse protegido, senão a mera exteriorização e solenidade do ato, converge para a sua inserção junto à instrumentalidade das formas.

A justificativa concedida pela doutrina e jurisprudência contemporâneas para a existência da irregularidade como ato válido reside num rechaço à solenidade. Tendo como mote um processo penal avesso às formalidades excessivas, por vezes se admite que um ato processual, mesmo praticado em desconformidade com a sua previsão legal possa restar imune à declaração judicial de nulidade. Nas palavras de Desimoni e Tarantini “la simple inobservancia de alguno de los requisitos previstos por la ley ritual no provoca por sí sola la nulidad del acto que la contenga, siempre que no se vulneren garantías constitucionales o se trate de requisitos fundamentales para la validez de los actos”³⁹¹. A exemplo da problemática distinção entre nulidades relativas e absolutas, a conceitualização da irregularidade traz uma irremediável vinculação às conseqüências do reconhecimento ou não-reconhecimento da irregularidade. A doutrina e jurisprudência não procuram ingressar no mérito da natureza jurídica da irregularidade.

³⁹¹ DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia*. p. 20.

O não reconhecimento de uma nulidade é a faceta reversa de uma declaração de mera irregularidade? A irregularidade seria um resíduo da não declaração da nulidade? Esta parece ser a posição de Conde Correia, para quem “as irregularidades são pequenos defeitos dos actos processuais que, apesar de serem suficientes para o tornar imperfeito, não afectam a sua validade, nem a sua eficácia”³⁹². Continua o processualista lusitano afirmando que “aquele carácter residual e subsidiário, conjugado com a atribuição daqueles efeitos, convertem-nas num verdadeiro instrumento de destruição dos actos inválidos”³⁹³. Como se vê, a relação entre a irregularidade e a nulidade é pouco ventilada. Pode-se salientar que de acordo com a doutrina, tanto a nulidade quanto a irregularidade produzem a imperfeição do ato. No entanto, apenas a nulidade atinge a validade. A irregularidade inclusive configuraria uma confirmação da validade do ato processual. De acordo com Oliva Santos, Aragonese Martínez e Honojosa Segovia, o ato irregular: “adolece de un defecto de menor entidad dando lugar como máximo a la corrección y responsabilidad disciplinaria, pero permanecendo subsistente y eficaz”³⁹⁴.

A irregularidade é uma categoria processual recente. É possível creditar-lhe a função de ocupar o lugar deixado pela inexistência. Tendo em vista a ineficácia do conceito de inexistência, como já foi apontado em tópico específico, a irregularidade acabou sendo a categoria que melhor se adequou ao sistema inquisitorial contemporâneo. A inexistência surgiu como uma forma de declaração de defeito de um ato processual que escapava, assim, ao princípio de taxatividade. Com a propulsão de uma cada vez maior flexibilização e a aversão do regime inquisitorial à legalidade, a irregularidade ocupou o espaço deixado pelo anacronismo do conceito de inexistência, no momento de desenvolvimento de uma nova concepção da teoria das nulidades. O antigo legalismo é substituído pela instrumentalidade das formas. O princípio de taxatividade cede espaço e perde terreno. Há a possibilidade de reconhecimento de nulidades não expressas no texto legal. O resultado é a formulação de hipóteses para justificar a categoria da inexistência absolutamente contrafáticas, algumas delas beirando um folclore manualesco.

³⁹² CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 110-111.

³⁹³ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 110-111.

³⁹⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HONOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. p. 271.

Esta impropriedade do conceito de inexistência para gerar efeitos na seara do processo penal acabou implementando as condições necessárias para que uma nova exigência fosse criada. Na esteira da flexibilização da forma processual, a irregularidade permitiu que o defeito do ato pudesse ser desprezado, segundo a alegação e o argumento de que o princípio ou o interesse tutelado pela forma não seria violado. O defeito na forma corresponderia assim, a uma mera inadequação entre os elementos normativos e os realizados. A irregularidade, ao ocupar o antigo lugar da inexistência adequa-se ao regime de fluidez processual. Como apontam Gomez Orbaneja e Herce Quemada, os atos processuais defeituosos podem se dividir em atos nulos e em atos irregulares, deixando-se de lado a categoria dos atos inexistentes. Os atos defeituosos pressupõem, logicamente, a existência, ao contrário dos atos inexistentes³⁹⁵. Se a nulidade necessita do refazimento do ato entre as suas conseqüências, a mera irregularidade permite a manutenção do ato no estado em que se encontra. Assim, não haveria o que definiria Leone como uma obrigação judicial, “la obligación de ordenar la renovación o la rectificación del acto, cuando ella sea necesaria y posible”³⁹⁶.

Notório que a irregularidade se destaca, em conjunto com a nulidade relativa, como categorias subservientes ao regime de ilegalidade imanente ao sistema inquisitorial. As decisões casuísticas, a não declaração da nulidade e o resíduo conhecido como mera irregularidade tomam conta do cenário jurisprudencial brasileiro.

No capítulo subsequente se tentará formatar uma teoria das nulidades adequada à instrumentalidade constitucional do processo penal. Quando da realização de tal empreitada, retornar-se-á ao tema. A seguir, será examinada nova problemática da teoria das nulidades: trata-se da relação existente entre a prova ilícita e os atos nulos.

2.10 Os Efeitos do Ato Jurídico Irregular: a nulidade e a ilicitude dos atos processuais defeituosos

Uma típica distinção da teoria do processo penal deposita na cisão entre nulidade e prova ilícita um critério diferenciador e que outorgaria legitimidade para se manter uma

³⁹⁵ GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. p. 114.

³⁹⁶ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 725.

separação oceânica entre de um lado, as nulidades e, de outro, a prova ilícita. O tratamento usualmente atribuído às nulidades seria distinto daquele reservado à prova ilícita. No Brasil, a matéria da prova ilícita é tratada como uma regra geral previamente às provas em espécie. Dentro da teoria geral da prova, a prova ilícita compreenderia o conjunto de disposições, de caráter constitucional, que limitam a produção probatória por parte do Estado. A ilicitude da prova produzida corresponderia a uma violação de dispositivo constitucional, pelo que se pode considerá-la como inválida.

Entretanto, não se pode considerar como tecnicamente correto o tratamento dispensado à prova ilícita. E isto por razões bastante evidentes. A primeira delas repousa em seu caráter ontológico. A ilicitude corresponde a um adjetivo, uma qualidade de uma ação ou de um ato –no caso processual – antijurídico. No estudo das excludentes de ilicitude, também conhecidas como tipos permissivos, perceptível se tratarem de ações autorizadas juridicamente. Pelo caráter indiciário da tipicidade em relação à ilicitude, presume-se ilícito todo ato típico, a menos que este mesmo ato tenha sido realizado de acordo e em consonância com determinadas circunstâncias, autorizadas da prática de uma ação a princípio típica. O juízo de valoração que reconhece a existência de um tipo permissivo tem o condão de retirar o caráter ilícito ou antijurídico da conduta. A ilicitude é uma qualidade atribuída pela norma jurídica a uma conduta. Ilícito ou antijurídico destaca o caráter contrafático das proibições. Daí porque as proibições em matéria probatória constituem-se como normas atributivas do caráter ilícito da produção da prova em desacordo com as disposições regradadas. Uma prova ilícita é uma prova realizada em descompasso com normas de caráter constitucional ou infraconstitucional que podem atingir normas processuais (prova ilegítima) ou materiais (prova ilícita em sentido estrito)³⁹⁷.

No entanto, a ilicitude de uma prova, como qualidade que lhe é reservada por um status de inadequação normativa, nada diz acerca dos efeitos da prova ilícita. Quando se fala sobre a ilicitude de uma prova, fala-se em sua qualidade, em sua antijuridicidade. Todavia, nada diz a respeito dos efeitos da prova ilícita. Nesse ponto, é preciso traçar-se

³⁹⁷ Não será realizada aqui a distinção teórica entre as provas ilegítimas (ofensivas a normas processuais) e ilícitas (ofensivas a direito material), tendo-se em vista que a suscitada distinção não traz maiores contribuições ou mesmo dificuldades para o desenvolvimento da matéria aqui versada. Para uma maior alusão ao tratamento doutrinário pátrio sobre a divisão em provas ilegítimas e ilícitas Cf RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Cf OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*.

uma aproximação entre a teoria das nulidades e das provas ilícitas³⁹⁸. Geralmente, a própria doutrina atesta, tomando-se por base o art. 157, § 3º do Código de Processo Penal brasileiro, que a prova ilícita não poderá ser aproveitada no curso do processo. Se a prova ilícita se caracteriza pela sua realização em desconformidade com alguma norma jurídica, seja processual ou material, constitucional ou infraconstitucional fato é que se tratará de prova inválida. O ato de realização da prova é inválido. Como visto, quando um ato processual for considerado inválido, a nulidade lhe será decretada.

Neste momento entra em cena a dinâmica entre a teoria das nulidades e as provas ilícitas. O ato processual inválido trata de todos os atos processuais, atribuindo-se-lhes uma consequência jurídica negativa em caso de desobediência à forma prescrita. Um ato processual nulo poderá corresponder a um ato de comunicação (v. g. a citação), um ato de defesa ou acusação (não abertura de vistas do processo para memoriais), um ato recursal (não concessão de prazo para recorrer) e inclusive, um ato relativo à produção probatória. Pode-se afirmar que a teoria da prova ilícita se enquadra dentro do gênero nulidade. O efeito do reconhecimento de uma prova como ilícita é a sua imprestabilidade para gerar efeitos. Esta imprestabilidade decorrerá de uma decisão declaratória da nulidade (invalidade) da realização da prova.

Como se pode depreender do exposto, a ilicitude da prova não oferece nenhum critério valorativo quanto aos efeitos da realização da prova. É necessário, juntamente com o juízo de invalidade que acompanha o reconhecimento da ilicitude, que o magistrado declare nulo o meio de prova. Nesse sentido, Rangel assegura que “a prova obtida por meios ilícitos enquadra-se na prova vedada, que, se admitida e valorada pelo juiz em sua sentença, acarreta a nulidade da mesma”³⁹⁹. Aqui, o que ocorre é o princípio da causalidade. Se a prova for declarada ilícita e posteriormente nula, ocorrendo a valoração do meio de prova pelo juiz na sentença, o que se verifica é a contaminação da decisão judicial que utilizou a prova vedada. A invalidade ocorre já no momento do ingresso no processo de prova sabidamente contrária a normas que regulam a sua produção, transmitindo-se ao ato decisório não sob o fundamento de que o juiz não pode sentenciar

³⁹⁸ Não é pretensão aqui, até mesmo pelo objeto delimitado (teoria das nulidades) analisar-se profundamente o instituto da prova ilícita e seus desdobramentos. No entanto, em alguns pontos, bem delimitados, será necessária a digressão sobre a prova ilícita, até mesmo para poder-se bem compreender a teoria do ato processual irregular.

³⁹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. p. 416.

com base em prova ilícita, mas porque se proíbe a sua admissão no processo. Seria inaceitável que tão somente a sentença contivesse a eiva. A nulidade atinge desde já a prova produzida em desacordo com as regras de sua produção, pelo que se fala então na nulidade da sentença baseada em prova ilícita, cujo fundamento repousa no princípio da causalidade.

O principal argumento encontrado para a manutenção da distinção entre prova ilícita e nulidade como fenômenos completamente distintos reside na problemática da convalidação⁴⁰⁰. Assegurar um mesmo tratamento processual equivaleria, portanto, a aceitar uma possível sanatória relativamente às provas ilícitas, o que efetivamente seria inadequado constitucionalmente. Como acentua Scella são conhecidos os inconvenientes pertencentes à aplicação do esquema da nulidade no setor probatório: por conta do mecanismo de sanatória, a prova vedada – na ausência da tempestiva dedução do vício – se transforma em prova validamente utilizável⁴⁰¹.

No entanto, este argumento não merece prosperar. A uma, porque como salientado, a nulidade absoluta é insanável, mesmo com o advento da coisa julgada. A duas, porque como também já referido, a divisão entre nulidades absolutas e relativas, para o processo penal é completamente artificial e contraproducente. Ao se sustentar a insanabilidade da nulidade absoluta e a própria inaplicabilidade das nulidades relativas, não se encontra razão para que a crítica mencionada subsista. Evidentemente, as provas ilícitas não comportam sanção. Assim como as nulidades absolutas.

A íntima conexão das provas ilícitas com as nulidades não pára por aí. O princípio da causalidade recebe, na teoria da prova ilícita outro nome embora seguindo a mesma lógica. Trata-se das provas ilícitas por derivação ou ainda, aquilo que a Suprema Corte norte-americana reconheceu como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Assim como a nulidade dos atos processuais contamina todos aqueles imediatamente interligados, a ilicitude se estenderia a todas as provas diretamente ligadas àquela reputada ilícita. O raciocínio é o mesmo. Há, na mesma proporção, atos originários e

⁴⁰⁰ “O julgador não pode fundar a sua convicção em provas, cuja obtenção ou valoração afecte aqueles direitos, liberdades e garantias. Tal proibição, que procura desincentivar a recolha de provas ilicitamente obtidas, manifesta, portanto, um regime mais grave do que a simples nulidade, traduzido na total irrelevância das provas assim obtidas, não podendo o vício que as afecta ser, por qualquer forma, sanado ou convalidado”. CONDE CORREIA, João *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 64.

⁴⁰¹ SCCELLA, Andrea. L’Inutilizzabilità della Prova nel Sistema del Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxxv. n. 1, 1984. p. 206.

derivados a exigir uma verificação a respeito da extensão da contaminação pela invalidade. Trata-se de mais uma semelhança que permite poder falar-se num pertencimento da prova ilícita ao gênero das nulidades, cuidando-se, naquilo que guarda respeito à prova ilícita, de certas particularidades próprias dos meios de prova, a ensejar análise mais cuidadosa e alargada. Se houvesse uma ruptura irreconciliável entre a prova ilícita e a nulidade, como se sustentariam princípios semelhantes como os da causalidade e as provas ilícitas por derivação? Discordando Conso e Grevi, afirmam que não encontra aplicação em matéria de inutilizabilidade, atingindo esta apenas as provas ilegitimamente adquiridas e não outras cuja aquisição seja obtida de modo autônomo e na forma consentida⁴⁰². Entretanto, o que poderia justificar a transmissão da ilicitude da prova originária às derivadas senão a noção de causalidade? Apesar da diferença apontada por Conso e Grevi no que diz respeito à inadmissibilidade e à nulidade, a própria configuração da teoria dos frutos da árvore envenenada colabora para que a distinção anunciada pelos processualistas italianos seja relativizada. A relação de gênero e espécie existente entre nulidade e prova ilícita pode ser perfeitamente confirmada pela existência do recurso a um dogma causal, anteriormente analisado e criticado.

Boa parte da doutrina enfrenta a questão da nulidade e da ilicitude da prova tomando-se por base um critério temporal⁴⁰³. A ilicitude da prova seria aquele juízo valorativo prévio ao ingresso do meio probatório no processo. Já, por seu turno, a nulidade, seria o juízo valorativo posteriormente à produção probatória, ao se tratar de prova cujo ingresso no processo foi permitido. De acordo com Gomes Filho, a admissibilidade da prova “consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de provas, ou meios de provas inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos

⁴⁰² CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Commentario Breve al Nuovo Codice di Procedura Penale*. p. 185.

⁴⁰³ Como exemplo, tome-se em consideração a posição de Creus “hay dos circunstancias que permitirían desconocer o estimar inconveniente esa autonomía: los defectos respecto del tipo procesal son los mismos en el acto inadmisibile que en el nulo y las repercusiones en el proceso se asimilan, pues uno y otro ven desechada su operatividad en la secuencia procesal. Teóricamente la línea de separación es nítida: en la nulidade el defecto es advertido cuando el acto defetuoso ya está insertado en el proceso y en la inadmisibilidad antes de que ello ocurra, desde que esa inserción sólo puede producirse mediante el acto de disposición de la autoridad encargada de criticar el acto, quien, en esta hipótesis, lo hace negativamente”. CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales: nulidad. inadmisibilidad. inexistencia*. p. 10.

fatos”⁴⁰⁴. Neste mesmo sentido, Polastri Lima destaca que a nulidade da prova, pelo contrário, “é uma consideração posterior à colheita da prova com vícios, sendo aí declarada a sua invalidez”⁴⁰⁵. A inadmissibilidade se apresenta também aos olhos de Desimoni e Tarantini como uma sanção prévia à introdução do ato no processo, antes de sua conversão em ato processual. É uma declaração de invalidez para o futuro⁴⁰⁶. A primeira diferença entre nulidade e inadmissibilidade é o critério temporal. Enquanto a inadmissibilidade impede a formação do ato processual, a nulidade declarará sem efeito determinado ato.

Não é possível concordar com a doutrina nesse ponto. Em primeiro lugar, é por demais singelo e insuficiente o critério do momento temporal da produção de prova a fim de se inscrever, no registro da natureza jurídica do instituto, tratar-se de prova ilícita ou nula. E isto por uma razão deveras elementar. A argüição da ilicitude da prova necessita, assim como a nulidade, de uma declaração judicial a fim de se reconhecer a sua invalidez. Nas palavras de Conde Correia, ilicitude e invalidez se confundem quando o ponto de enfoque é o direito processual: “os actos processuais inválidos, por constituírem uma violação da lei, são, pelo menos processualmente ilícitos”⁴⁰⁷. Não é possível e seria por demais ingênuo pensar-se que a prova ilícita assumia status ontológico fora do processo. A prova é fenômeno tipicamente processual⁴⁰⁸. A prova é ilícita em relação ao processo penal ou inclusive à investigação. O art. 157 § 3º do Código de Processo Penal prevê a retirada dos autos da prova ilícita (nula – inválida). De que adiantaria recomendações do legislador para que o juiz não admita determinados meios de prova quando é justamente, na maior parte dos casos o defensor, já após a instauração do processo, que chama a atenção para a aludida circunstância? Se a prova nula é aquela transportada para o processo, a prova ilícita teria a sua função praticamente esvaziada, posto que estaria limitada à sua proibição de ingresso nos autos processuais⁴⁰⁹. Trata-se de uma concepção pueril sobre o processo, que

⁴⁰⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997.p. 95.

⁴⁰⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v.II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 70.

⁴⁰⁶ DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal*: doctrina y jurisprudencia. p. 16-17.

⁴⁰⁷ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 95.

⁴⁰⁸ CORDERO, Franco. Prove Illecite nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 1, 1961. p. 34.

⁴⁰⁹ No mesmo sentido da relação entre prova ilícita e nula Avena: “Considerando a simetria existente entre as provas ilícitas e as nulidades absolutas, é evidente que a declaração da inadmissibilidade da prova poderá

não se resume aos autos processuais. Que se consulte Kafka para se ter noção de que o processo não se resume ao conjunto da documentação sob a forma de autos!⁴¹⁰

A prova ilícita, desta maneira, não se restringe ao momento valorativo do juiz quanto ao seu ingresso no processo. A prova ilícita é uma espécie de prova nula, regida por princípios reitores dotados de tamanha especificidade que é possível atribuir-se à ilicitude um status jurídico autônomo independente da nulidade. Todavia, não é possível esquecer-se que a prova ilícita mantém íntima conexão com um ato processual inválido (defeito quanto aos meios de produção, sejam eles quanto ao objeto, sejam eles concernentes ao modo de obtenção da prova). A invalidade da prova (correspondente à ilicitude da prova quanto aos meios, objeto e produção) acarreta, quando houver declaração judicial nesse sentido, a nulidade.

Uma segunda e nítida característica que unifica a prova ilícita e a nulidade como fenômenos de um mesmo gênero diz respeito ao próprio tratamento da ilicitude nos demais ordenamentos jurídicos. Para alguns processualistas italianos e argentinos, a prova ilícita é caracterizada como uma sanção processual (assim como a nulidade). Todavia, uma vez mais, o critério utilizado é o temporal. Não é preciso insistir-se em demasia diante da precariedade de tal critério, posto que o momento de produção da prova diz muito pouco sobre a complexidade processual. No entanto, para o que interessa no momento, há um tratamento, se não unívoco, ao menos unitário no sentido de reconhecer nulidade e inadmissibilidade como “sanções processuais”⁴¹¹. Apesar de destacar os problemas da concepção que enxerga na nulidade um aspecto sancionatório e imperativo das normas relativas à forma processual, o reconhecimento por alguns doutrinadores de uma mesma

ocorrer ex officio pelo juiz ou mediante provocação de qualquer das partes’. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 399.

⁴¹⁰ Sobre a teoria das nulidades destaca Conde Correia que “esse caráter próprio das nulidades, semelhante ao que parecem mostrar a inexistência e as proibições de prova nos nossos dias, perdurou imutável durante séculos até os alvares da época da codificação. Só em meados do século XVIII se iniciou a sistematização dos princípios decantados e depurados ao longo dos tempos, agora agregados segundo uma metodologia científica, reduzidos a esquemas lógicos e, cada vez mais, abstractos. (...) convertendo-a numa série de dogmas irrefutáveis, interdependentes e intemporais, que a doutrina procura, em vão, encaixar, segundo uma lógica mecânica e dedutiva... categorias plásticas, estáticas e progressivamente mais afastadas da realidade”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 21.

⁴¹¹ Nesse sentido De Quiros e Rodriguez “la inadmisibilidad es la sanción procesal por la que se impide desde el inicio, que los actos de las partes y sus auxiliares o de algunos terceros, no provocados por el órgano jurisdiccional y cumplidos en inobservancia de determinados requisitos formales o sin tener la facultad para actuar en forma eficaz, produzcan efectos procesales”. DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 19.

linhagem que identifica a prova nula e a inadmissível permite firmar-se a tese sustentada acerca do pertencimento da prova ilícita como espécie pertencente à teoria do ato processual penal defeituoso⁴¹². No brilhante apontamento de Delogu, o critério temporal cede espaço definitivamente como critério diferenciador, à diferença entre nulidade da prova e prova ilícita. A inadmissibilidade da prova não significa que o juiz possa deixar de receber o material probatório trazido por uma das partes. Mesmo que se possa falar em inadmissibilidade de uma prova, haverá a possibilidade de recurso ou de ação impugnativa, o que significa dizer que até o momento em que houver a confirmação da inadmissibilidade, a prova se encontra inserta nos autos processuais. A inadmissibilidade de uma prova tem a ver com a declaração judicial de sua imprestabilidade para produzir efeitos. A prova nula, por sua invalidade, não é justamente aquela a quem o juiz determina a perda de seus efeitos? Como se vê, o critério temporal é absolutamente ineficaz para se poder firmar uma distinção entre prova nula e ilícita. De acordo com Carvalho, com respeito às provas ilícitas, “deverão ser desentranhadas dos autos, pois são provas nulas, de forma absoluta”⁴¹³. Em sentido semelhante, reconhecendo a nulidade das provas ilícitas Silva Júnior, para quem, “as Constituições dos Estados Unidos, da Alemanha, França e Itália, até hoje, não dispõem de norma constitucional expressa para tinar de nulidade ou invalidade as provas que, na diligência empreendida para a sua obtenção ou produção, tenham malferido um direito consagrado no Texto Maior”⁴¹⁴. No mesmo sentido de um paralelo entre nulidade e inadmissibilidade, embora salientando a especificidade das regras relativas às provas ilícitas assevera Gallatini que o perfil efetivo da inutilizabilidade-sanção é parcialmente delineado tratando da relação com a nulidade e fixando em respeito desta fatores de diversificação⁴¹⁵. Ambas são consideradas como sanções, embora se poderia

⁴¹² Segundo Delogu inadmissível significa irrecebível, não acolhível. Por isso, dizer que um ato é inadmissível não equivale a dizer que o funcionário antes de cumprir um ato ou prestar um documento, possa se recusar de recebê-lo. O ato deve ser igualmente recolhido, ainda que qualificável como inadmissível, e o ofício não permite eximir-se de fazer. A inadmissibilidade se presenta assim como uma qualificação de um ato já cumprido, seguida de uma valoração do juiz, a qual nega que o ato possa produzir um efeito jurídico processual. DELOGU, Tullio. *Contributo Alla Teoria Della Inammissibilità nel Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 1938. p. 08-09.

⁴¹³ CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p. 263.

⁴¹⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 477.

⁴¹⁵ GALLANTINI, Novella. *L'Inutilizzabilità Della Prova nel Proceso Penale*. Padova: CEDAM, 1992.p. 70.

afirmar a sua regência diante de uma maior especificidade concernente às provas ilícitas (inadmissibilidade).

Um novo ponto há que ser trazido à baila para justificar a unicidade entre prova ilícita e prova nula ou como se queira afirmar, entre nulidade e inadmissibilidade. No já referido art. 157, § 3º do Código de Processo Penal brasileiro, há previsão normativa expressa para que o magistrado desentranhe a prova reputada ilícita. Tal princípio, que tenta proteger a imparcialidade do juiz (e que deveria vir agregado a uma exclusão do juiz que permitiu o ingresso da prova ilícita ou tomou conhecimento do incidente processual) deveria estender-se à nulidade. Se, como aqui sustentado, a ilicitude da prova é espécie do gênero prova nula (integrante da teoria do ato processual defeituoso), os efeitos deveriam ser iguais em todo e qualquer caso de nulidade. O desentranhamento de todo ato processual nulo é medida que satisfaz, em maior grau, o princípio da imparcialidade do julgador. Se a prova ilícita deve ser desentranhada, a fim de não afetar a imparcialidade do julgador, seria diferente um ato processual declarado nulo e que embora destituído de eficácia permanece nos autos processuais? A resposta deve ser negativa. Assim como a prova ilícita (nula), todo ato processual nulo deve ser delimitado do processo, no escopo de se garantir ao acusado o direito ao julgamento por órgão imparcial⁴¹⁶. Isto apesar de certo mal-estar doutrinário que insiste na possibilidade de fundamentar a utilização de atos nulos tomando-se por base o princípio da verdade real⁴¹⁷, como é o caso de Carla Podo. Para a processualista italiana, consequência imediata de tal observação é que a declaração de nulidade processual de fatos documentados não pode acarretar a invalidade do processo verbal, como documento⁴¹⁸. Significaria, assim, que mediante um processo de leguleio verbal seria possível que a declaração de nulidade redundasse numa condenação, ignorando-se a declaratória de nulidade do documento, que não foi invalidado. Note-se que o aspecto da “verdade material”, próprio do sistema inquisitorial retorna sempre a fim de assombrar os aspectos de limitação e contração do poder punitivo. Há uma tensão notória

⁴¹⁶ Saliente-se que é ingênuo pensar-se que somente retirando-se os atos processuais nulos, com a manutenção do juiz instrutor sob o qual realizou-se o ato expungido reestabeça-se a imparcialidade. Como já referido, a mudança de órgão julgador é uma medida indeclinável para que se obtenha certa dose de sucesso na preservação da garantia.

⁴¹⁷ PODO, Carla. Sull'Utilizzabilità degli Atti Probatori Assunti in un Dibattimento Dichiarato Nullo per Vizio di Costituzione del Giudice. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. ix. v. 3, 1966. p. 852.

⁴¹⁸ PODO, Carla. Sull'Utilizzabilità degli Atti Probatori Assunti in un Dibattimento Dichiarato Nullo per Vizio di Costituzione del Giudice. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. ix. v. 3, 1966. p. 861.

entre aquilo que é possível trazer para apreciação no processo e os limites de cognição, próprios da opção democrática do Estado, justamente no pólo oposto ao sugerido por Fenech, por exemplo⁴¹⁹. O que fica evidente para um processo acusatório é o exercício de limitação da tendência do poder em romper seus limites. No sistema inquisitorial, já não há obstáculo à busca e consumação da verdade. De novo, cuida-se da ilegalidade congênita. Evidentemente que um sistema acusatório deve conservar um modelo rígido de nulidades, de forma a manter hígida a coleta probatória em específico, bem como as demais garantias que circundam o devido processo penal. Abdicar de tais conquistas significa a emergência do “primado das hipóteses sobre os fatos” como quer Cordero. Com efeito, a proibição da manutenção no processo dos atos nulos é medida curial para se manter um mínimo de equilíbrio processual, o que nem sempre é fácil de conseguir. Os limites à verdade real são os limites impostos pela democracia. Nem mais. Nem menos.

De acordo com Comoglio, os casos *Escobedo v. Illinois* (1963) e *Miranda v. Arizona* conduziram a estes resultados: a) o direito do investigado de ser acompanhado por um advogado em seus depoimentos na investigação preliminar; b) antes de ser interrogado, o acusado tem o direito de ser advertido de seus direitos constitucionais, produto da V Emenda, incluindo-se aqui o direito de permanecer calado; c) o interrogatório sem a advertência dos direitos constitucionais bem como a ausência de defensor no interrogatório conduz à inaptidão de uma confissão para servir como prova direta ou indireta, mesmo que voluntária⁴²⁰. Aqui, trata-se de casos que em maior ou menor medida estão associados, junto da Suprema Corte Americana a direitos fundamentais, sem sombra de dúvida. No entanto, os denominados *Miranda Rights* conduziram à invalidade e nulidade das provas obtidas em desatendimento a tais garantias. As provas obtidas em descumprimento das garantias impostas pelo Caso *Miranda vs Arizona* determinou o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas em afronta a tais dispositivos bem como, no mesmo passo, as declarou

⁴¹⁹ “La búsqueda de la verdad material o real, a la que tiende la actividad probatoria del Juzgador, exige que los requisitos de la prueba en sentido objetivo se reduzcan al mínimo, de modo que puedan utilizarse los medios de prueba como amplia libertad, siempre que dichos medios o su utilización no se opongan a las normas reguladoras del derecho que con carácter general rige la vida social de un pueblo en un momento determinado, o siempre que la especialidad del hecho que se quiere reconstruir no exija una *limitación excepcional de los medios de prueba*”. FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. p. 89.

⁴²⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Repressione del Crimine ed Incostituzionalità del Mezzi di Prova*. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xxvii. n. 4. Padova, 1972.. p. 598.

nulas⁴²¹. Como se pode perceber, quanto à ineficácia das provas ilícitas ou daquelas reputadas nulas, se se quiser manter a divisão terminológica, há um e mesmo efeito: o de tornar imprestável o ato, exigindo-se a sua não valoração em grau de sentença. Tanto o ato nulo quanto a prova considerada ilícita receberão a pecha de não sujeita à produção de efeitos (ineficácia). Assim como a nulidade, a prova ilícita, por ser a prova fenômeno que ocorre somente no seio do processo, podendo ser considerada ato processual por excelência, está sujeita a uma declaração judicial, mesmo que seja relativa à sua inadmissibilidade. Como apontará Zagrebelsky as *exclusionary rules* do direito probatório norteamericano pretendem tutela não tanto a genuinidade e a *trustworthiness* das fontes ou dos meios de prova, quanto a perseguibilidade de fins extraprocessuais⁴²².

Um último apontamento se faz necessário antes de encerramento do presente tópico. A doutrina e a jurisprudência afirmam a possibilidade de utilização de prova ilícita por parte do acusado. Há certo consenso na sua admissibilidade, embora não sejam os fundamentos uníssonos. A permissão para o acusado valer-se, no escopo de obter uma sentença absolutória, de prova ilícita é admitida, via de regra, pela doutrina brasileira, sob dois argumentos. O primeiro salienta que o réu quando necessita, por exemplo, praticar um crime para se beneficiar com a prova de sua inocência estaria agindo em estado de necessidade. De acordo com Rangel, “o réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante”⁴²³. Na mesma esteira, sustenta

⁴²¹ “Na década de sessenta, além de tornar-se obrigatória a observância da cláusula de exclusão das provas ilícitas não só nos julgamentos dos tribunais federais quanto nos estaduais, passou-se a aplicar essa regra, igualmente, em outras hipóteses de violação dos direitos fundamentais, atingindo-se o ápice da teoria no famoso julgamento *Miranda v Arizona*, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: (1) que tem o direito de não responder, (2) que tudo o que disser pode vir a ser usado contra ele, e (3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado. Naquela oportunidade, a Suprema Corte americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade – denominada de *Miranda rights* ou *Miranda warnings* – era o bastante para inquinar de nulidade as declarações da pessoa, especialmente a confissão e as provas conseguidas a partir dela”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 480.

⁴²² ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Modello Accusatorio e Deontologia dei Comportamenti Processuali nella Prospettiva Comparatistica*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*. a. xxxvi. v. 2, 1993. p. 439.

⁴²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. p. 423. Nesse sentido também o posicionamento de Demercian e Maluly para quem “essa situação é costumeiramente constatada nos crimes de extorsão ou extorsão mediante seqüestro, quando a vítima, ou terceiro autorizado, realiza gravações de conversas pessoais ou telefônicas com os acusados. Para essas semelhantes hipóteses, nosso ordenamento jurídico admite a limitação dos direitos fundamentais (inviolabilidade do domicílio, da intimidade e das comunicações telefônicas etc.), que não podem ser reclamados quando empregados para práticas criminosas”.

Oliveira que “a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias”⁴²⁴. Como corolário dessa posição, sustenta o autor que o réu estaria acobertado, na trilha de pensamento de Rangel, por um estado de necessidade, excludente da ilicitude⁴²⁵.

Um segundo posicionamento aponta que a prova ilícita pode ser introduzida no processo penal, pelo acusado, tendo como suporte o princípio da proporcionalidade⁴²⁶. Desta maneira, pelos interesses em jogo, de um lado a liberdade do réu, de outro o devido processo penal, admite-se a violação da legalidade processual a fim de se preservar aquele princípio considerado como de maior monta. No caso, diante do risco de se apenar sujeito sabidamente inocente e que, no entanto, teve decretada como imprestável prova que lhe garantiria a absolvição, por colheita em desconformidade com o regramento, atribui-se maior peso à preservação do direito fundamental à liberdade, mesmo que para fazê-lo valer tenha de se admitir, no curso do processo penal, violação a direito fundamental alheio ou até mesmo lesão ao devido processo penal.

Sob estes dois argumentos gravita a doutrina e a jurisprudência brasileira, ao admitir, para além de qualquer dúvida, a admissão da prova ilícita quando aportada pelo acusado. Seja tomando-se por base a tese do estado de necessidade justificante, seja levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade, o fundamento para a admissão e inclusive valoração da prova ilícita favoravelmente ao réu reside em outro critério, sustenta-se aqui. Parte-se, à guisa de elemento primordial no entendimento da posição a ser sustentada, de que a prova ilícita é uma modalidade de ato processual nulo. Como demonstrado amiúde ao longo do presente tópico, a ilicitude cominada ao ato probatório é tão somente uma qualificação de antijuridicidade, o que não explica a natureza jurídica da imprestabilidade dos atos processuais probatórios maculados pelo vício. Como referido, a nulidade de tal prova é que justifica sejam os efeitos agregados a qualquer ato de

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 303.

⁴²⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 321.

⁴²⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 322.

⁴²⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. II. p. 75. O mesmo autor sustenta que “em muito ajuda, na solução dos problemas concretos relativos ao tema na Alemanha, a adoção cada vez mais freqüente do princípio da ponderação de interesses, enquanto no Brasil tal utilização se faz tímida sendo que somente agora, de forma incipiente, começa-se, passo a passo, a se cogitar de uma adoção mais ampla do princípio da proporcionalidade, que não seja somente pro reo”. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. p. 185.

conteúdo probatório extirpados do processo. Assim sendo, partindo-se da prova ilícita como espécie do gênero ato processual nulo, é necessário um segundo passo.

Não se trata de aplicação do princípio da proporcionalidade ou da existência de um estado de necessidade justificante. Em primeiro lugar, não é necessário recorrer-se ao princípio da proporcionalidade a fim de explicar por que uma prova ilícita deve ser admitida favoravelmente ao acusado. É possível, dentro mesmo da teoria das nulidades, encontrar-se um princípio que possa autorizar, com certo grau de confiabilidade, a utilização da prova ilícita pelo réu. Demais disso, também o estado de necessidade justificante, matéria de direito material pouco interessa para a avaliação de prova trazida para a seara processual. A prova deixaria de ser ilícita pelo advento do estado de necessidade ou esta excludente de ilicitude se aplicaria sobre um possível crime cometido pelo agente que tenciona provar sua inocência? Em outras palavras, o estado de necessidade excluiria a ilicitude de uma conduta criminosa ou atentatória contra direito fundamental alheio quando a mencionada conduta tiver por objetivo a prova de inocência. Cuida-se de duas circunstâncias diversas. Uma se refere à prova ilícita trazida para um processo em que o acusado aporta meio probatório inidôneo à primeira vista. Uma segunda circunstância recai sobre o possível crime cometido pelo agente que realiza a conduta a fim de salvaguardar interesse próprio em processo já em andamento.

A justificativa de o réu agir em estado de necessidade serviria como excludente de ilicitude numa futura ação penal ou ação por ato ilícito civil. Mas não consegue satisfatoriamente fundamentar, em uma teoria coerente das nulidades, a possibilidade de sua utilização. Evidentemente, tal prova é inválida. No entanto, é exatamente nesse momento que deve ser empregado o princípio cujo desenvolvimento se dará no capítulo subsequente, mas que, todavia deve ser desde já mencionado. Trata-se do princípio que se denominará como *escusa absolutória*. O princípio da escusa absolutória refere-se à circunstância de que sempre que a decisão judicial puder ser concedida em favor do acusado, o magistrado deve evitar a declaração de nulidade. O Código de Processo Civil traz em seu bojo norma similar⁴²⁷. Sucintamente, até mesmo para não esvaziar o tópico do

⁴²⁷ Para Carreira Alvim, cuida-se do princípio da economia processual, o que há de se discordar: “é o princípio segundo o qual o juiz deve relevar a nulidade, quando convicto de decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a sua decretação”. ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 258.

capítulo posterior, sempre que o juiz puder decidir pela absolvição do acusado, sem, contudo ter de declarar a nulidade, estará obedecendo ao princípio aqui apontado.

Como se vê, a aproximação da teoria da prova ilícita à teoria das nulidades enquanto gênero traz uma maior credibilidade quanto aos critérios empregados e aos princípios reitores. A utilização da prova ilícita pelo réu tem como principal fundamento não os artificios retóricos do princípio da proporcionalidade ou ainda, a precária construção de um estado de necessidade, desconsiderando-se tratar, a prova, de assunto estritamente processual. O réu utiliza-se de prova cuja declaração de nulidade não é realizada pelo magistrado pelo princípio da escusa absolutória, que prevê a obrigação judicial de se absolver o réu preferentemente a uma declaração de nulidade. Havendo elementos para que o juiz possa decidir favoravelmente ao acusado, não se declara a ilicitude da prova.

Frente ao até aqui exposto é possível concluir-se que a prova ilícita é uma modalidade de ato processual nulo. O pertencimento à teoria das nulidades não afasta a peculiaridade de seus fundamentos, das extensões, do tratamento enfim, autônomo, que adquiriu a presente temática. Contudo, a fim de alicerçar a teoria da prova (ato processual) ao plano do ato processual penal defeituoso, a prova ilícita constitui e configura-se como espécie de um gênero: a nulidade.

2.11 Proibição de Proteção Deficiente e as Gradativas Erosões aos Limites à Prova: novamente a verdade real?

O ponto de análise no presente tópico continua sendo o estudo dos princípios relativos à prova ilícita. Como apontado anteriormente, não será proposta aqui uma investigação incidente sobre os casos de prova ilícita bem como sobre o posicionamento dos tribunais brasileiros. Como já se antecipou no tratamento das nulidades, não se pretende traçar uma panorâmica da matéria e sua aplicação em sua práxis brasileira. O objetivo é tão somente traçar os contornos principiológicos do assunto.

A prova ilícita está sustentada em relação ao problema da verdade real. Os limites à busca da verdade estão intimamente ligados a uma opção democrática de processo penal. Todavia, estes limites estão cada vez mais dissolutos. Principalmente a teoria dos frutos da

árvore envenenada acaba ganhando uma ampliação de exceções cujo escopo é a (re)admissão da matéria probatória a princípio vedada.

É possível identificar no tratamento da prova ilícita e principalmente nas exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada uma lógica de devassidão dos direitos fundamentais do réu. Estas exceções que serão examinadas a posteriori podem ser encaixadas no que a doutrina constitucional denomina de proibição de insuficiência. Assim, antes mesmo de se passar ao exame das teorias sobre a prova ilícita, há que se cotejar os princípios reitores da proteção de insuficiência com os fundamentos reitores da instrumentalidade constitucional do processo penal. Desta forma, a seguir se procederá a um exame da “proibição de proteção deficiente” para então, ao depois, incidir sobre o exame da prova ilícita e seu tratamento contemporâneo.

Analisando-se a obra de Reinhart Koselleck *Crítica e Crise*⁴²⁸, percebe-se que o surgimento gradativo de espaços de liberdade deveu-se, em grande parte, ao respeito à liberdade religiosa. O projeto de liberdade, nesse aspecto, nasce com uma conotação teológica, como de certa forma é o ensaio lockeano sobre a tolerância. Esse projeto assume no contratualismo papel importante como construto, artificial é bem verdade, cuja tarefa seria legitimar o Estado secular nascente. O conceito de liberdade desenfreada (estado de natureza) e a necessidade de imposição de limites, cuja responsabilidade assumiria o Estado devem ser entendidos dentro de uma racionalidade própria da modernidade, que deitava suas raízes. É assim que a justificativa para a assunção estatal de tarefas de profilaxia e combate à desordem surge. O Estado deve se manter ao máximo possível distante das relações privadas, muito embora devendo atuar e mostrar-se presente no que tange aos direitos mais fundamentais do indivíduo – as liberdades públicas.

Como afirma Herzog⁴²⁹, uma das tarefas atribuídas ao direito penal é a proteção contra a insegurança. Trata-se de uma instituição responsável por uma violência estabilizadora. Como assevera Luhmann⁴³⁰, uma das dimensões do Direito é a de orientar o agir social através da estabilização de expectativas normativas. No Estado liberal, tal tarefa não encontrava problema, pois se sabia de antemão qual era a atitude estatal e a delimitação

⁴²⁸ KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise*. São Paulo: Contraponto, 1999.

⁴²⁹ HERZOG, Felix. Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo. In *Revista Penal* n° 4. Barcelona, 1993. p. 55.

⁴³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

de suas atribuições. Contudo, com a passagem a um Estado promocional, ocorre um inchaço legislativo que torna incindíveis os espaços de liberdade daqueles de restrição a ações. Quer dizer, a tarefa de orientação normativa de responsabilidade do Direito esfacela-se. Em palavras sintéticas, rompe-se o trilema regulador de que Teubner há um bom tempo advertia⁴³¹.

Obviamente, o inchaço legislativo, principalmente implementado a partir do século XIX, reflete a interdependência do direito penal e política. É nesse momento que o direito penal é estabelecido como uma forma de se postular mudanças sociais, o que se reflete na perda parcial de sua autonomia, mormente a partir de inúmeros grupos sociais que reivindicam novos direitos ou novas criminalizações. Surge o que se chama de *gestores atípicos da moral* (Scheerer). O produto resultante é a definição das tarefas jurídicas sob um pano de fundo político. Geralmente, através de programas constitucionais, como é o caso específico do Brasil e sua opção por um Estado social⁴³².

Além dessa problemática referente ao trilema regulador, o direito penal acaba em uma crise de desinstitucionalização. Ou seja, ao perder sua função instituinte⁴³³, passo subsequente à perda da função normativa de orientação (social para Luhmann), o Direito surge como uma ameaça⁴³⁴. O direito penal do inimigo, segundo Prittwitz⁴³⁵, desenvolve-se a partir do direito penal do risco, que se hipertrofiou “em uma direção errada”.

⁴³¹ As transformações sociais através do Direito podem conduzir a: a) indiferença recíproca entre direito e sociedade; b) desintegração social através do Direito; c) desintegração do Direito através de expectativas excessivas da sociedade. HERZOG, Felix. *Limites al Control Penal de los Riesgos Sociales*. In *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Sociales*. t. 46. 1993. p. 319.

⁴³² “En efecto, el escollo posiblemente más difícil del constitucionalismo moderno, en general, está representado por ele hecho que en tanto el liberalismo clásico y la idea de los derechos-libertades son conservadores en lo social y, simultáneamente, progressistas en lo penal, el intervencionismo social de bienestar, con sus derechos-prestaciones, en cambio se presenta como de avanzada en lo social, pero deriva fácilmente hacia el autoritarismo y la represión em materia penal”. OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 03.

⁴³³ Não se pode esquecer que o Direito possui uma dimensão instituinte sobre a sociedade que, ao perder a sua referência, ameaça romper com a sua legitimidade. Cf OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁴³⁴ APONTE, Alejandro. *Derecho Penal del Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano*. Günther Jakobs y los Avatares de un Derecho Penal de la Enemistad. In *Revista Brasileira do Instituto Brasileiro de Ciências Penais*. n.º. 51. p.23.

⁴³⁵ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal Entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. p. 32.

A análise sobre a sociedade do risco, desenvolvendo uma dogmática própria e autônoma é papel fundamental para a apreensão da passagem ao direito penal do inimigo. A sociologia do risco, de uma maneira ampla, permite uma descrição da sociedade que estabelece pontos centrais para o conceito de segurança. Com as viagens marítimas da modernidade, a imprevisão sobre o futuro gerava uma forma de controlabilidade sobre o amanhã, que genericamente se desenvolveu mediante o contrato de seguro. Com a reflexivização das relações sociais, esse futuro já sequer pode ser pautado sob a forma de uma cifra monetária. A sociologia do risco é uma teoria descritiva que atesta a falibilidade de vários conceitos modernos, principalmente aqueles relacionados à ciência e política. E, derradeiramente, o contrato de seguro já não consegue acompanhar o desenvolvimento de uma era onde os riscos são incalculáveis. Desta arte, demonstra-se que o conceito de segurança não passa de um construto, empiricamente improvável e ideologicamente buscado a todo preço em inúmeras esferas institucionais da sociedade, incapaz de explicar determinados fenômenos sociais. E que, no entanto, é fabricado juridicamente a fim de fomentar uma paulatina incorporação de desideratos políticos no campo jurídico.

Nessa passagem da sociologia da luta de classes à sociologia do risco, o direito penal, assumindo funções próprias de outras instituições sociais, se transforma em um direito em constante expansão⁴³⁶. Essa expansão é o efeito de uma falência das demais esferas de decisão. A assunção dessas tarefas políticas é exatamente o projeto moderno consubstanciado no direito penal do risco, que assume o lugar do antigo direito penal liberal. O Estado, ao se deparar com a constante ameaça de falência das demais instituições sociais, promove juridicamente a tentativa de (re)normatização de condutas passíveis de comportarem novos riscos. Quer dizer: quando as demais instâncias de controle falham (ciência, política), o Estado regula juridicamente o conflito. Sob esse espectro, a dimensão normativizante do Direito é subvertida por postulados finalísticos, gerando uma politização do Direito, isto é, um Direito orientado às conseqüências. E assim sendo, nessa defecção jurídica, aparecem lacunas normativas, preenchidas por planos político-promocionais, visando a sanar quaisquer espécies de situações que não podem ser manejadas, pela sua complexidade, pelos instrumentos de controle social tradicionais. O socorro ao direito penal

⁴³⁶ Cf SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

faz parte, nessa esteira, de uma macro-politização do jurídico, esperando-se que este sistema forneça respostas prestacionais⁴³⁷ à sociedade. O resultado disso é nefasto: o Direito ameaça perder sua autonomia, confundindo-se com a política. E daí, a crise de legitimação da própria política (que necessita de conformação jurídica) e desinstitucionalização das normas (que surgem em cada exercício, para atender finalidades particulares, dentro de uma hiperprodução, que erigem um verdadeiro labirinto, cujo fio de Ariadne se encontra muito além dos limites alcançáveis) promovem uma ruptura de legitimidade. Portanto, o direito, mesmo o constitucional, não consegue impor limites claros ao político, apesar de boa parte da doutrina constitucionalista brasileira acreditar no sonho racional do controle⁴³⁸. Até mesmo pelo fato de a Constituição da República ser, nos próprios termos de Canotilho, o “estatuto jurídico do político”.

Relativamente ao direito penal, uma das facetas identificáveis em meio a esse processo de decomposição jurídica situa-se no implemento de bens jurídicos vagos. A falta de concreção de tais bens pode ser visto sob o prisma desinstitucionalizante, no qual o político delega ao judiciário a resolução de conflitos ambientais, do consumidor, econômicos, de criminalidade organizada. Espera-se de um aparato sabidamente insuficiente (não apenas estruturalmente como querem fazer crer alguns mais desavisados) a resolução de problemas transnacionais, como se uma regulação parcial e nacional pudesse dar conta de um problema que ultrapassa regiões. Essas tarefas, finalisticamente orientadas, representam o último suspiro de um Estado que está imiscuído na crise de legitimidade que o açoda, bem como no esgotamento das próprias estruturas institucionais modernas, que são montadas hierarquicamente e burocraticamente definidas. E assim, de um direito penal zarolho, que não sabe bem a quem atacar e como realizar tal proeza, se espera a apresentação de milagres. E, quando tudo aponta para a inefetividade de tais demandas serem realmente cumpridas, não se volta atrás sobre a possibilidade de o direito penal dar conta de tais afazeres. Prefere-se radicalizar ainda mais a proposta, criando-se não um direito penal veiculado por princípios seculares. Opta-se por uma catastrófica supressão de direitos fundamentais dos estereótipos (inimigos) fabricados, que se amoldam às novas

⁴³⁷ Para um conceito de prestação sociologicamente delimitado vide LUHMANN, Niklas. *Teoria Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1997.

⁴³⁸ Cf STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: superando o ideário libeal-individualista-clássico. *In Revista do Ministério Público*. n. 53. Porto Alegre, 2004.

funções penais, culminando na desdiferenciação social do sistema penal, em primeiro lugar, e do próprio Direito como um todo, em segundo plano⁴³⁹. É assim que o direito penal assume funções administrativas (e princípios administrativos), bioéticas, morais, e de segurança pública, logicamente. A conclusão é de que é possível afirmar-se que o direito penal está como um todo infectado pelo direito penal do inimigo⁴⁴⁰.

O conceito jurídico de segurança, insculpido na Constituição da República de 1988 em seu art. 6º, caput⁴⁴¹, poderia determinar um arrimo constitucional ao direito penal do inimigo? À evidência que sim. Se como Prittwitz asseverou, o direito penal do risco leva consigo o gérmen do direito penal do inimigo, o programa criminalizante contido na Constituição da República, ao regular “novos” bens jurídicos seria um diagnóstico desse estado da questão. Em realidade, seja como direito ou necessidade, o conceito de segurança é absolutamente secundário, senão até mesmo desnecessário⁴⁴².

Sobre o conceito de segurança⁴⁴³ será necessária uma parada um pouco mais detida. De fato, se realmente existe um direito à segurança, um direito de “segunda geração”, exigível perante o Estado (ao menos para que tome medidas concretas a maximizá-lo), questiona-se: como se faz a compatibilização com os direitos de primeira geração notadamente os de liberdade, reserva legal, legalidade, *ultima ratio*, *in dubio pro reo*, etc?

⁴³⁹ Os direitos fundamentais, em um plano sociológico, exercem o que Luhmann denomina de evitação da desdiferenciação social. LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali Come Istituzione*. Dedalo: Bari, 2002. p. 59.

⁴⁴⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal Entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *in Revista Brasileira de Ciências Criminas*. a. 12. n. 47. p. 43.

⁴⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *in Revista Brasileira de Ciências Criminas*. a. 12. n. 47. p. 94.

⁴⁴² En ambos casos carece de contenido propio: respecto del sistema de necesidades la seguridad es una necesidad secundaria, respecto del sistema de derechos la seguridad es un derecho secundario”. BARATTA, Alessandro. Seguridad. *In Capítulo Criminológico: revista de las disciplinas del control social*. v. 29. n° 2. Maracaibo, 2001. p. 04. Ainda: “derecho fundamental a la seguridad (Isensee, 1983) no puede ser otro que el resultado de una construcción constitucional falsa o perversa. En efecto o una construcción tal es superflua, si significa la legítima demanda de seguridad de todos los derechos para todos los individuos – en este caso, antes que de derecho a la seguridad será correcto hablar más bien de seguridad de los derechos, o de ‘derechos a los derechos’ – bien es ideológica, si implica la selección de algunos derechos de grupos sociales privilegiados y una prioridad de acción del aparato administrativo y judicial a su favor y, al mismo tiempo, limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Convenciones Internacionales”. BARATTA, Alessandro. Seguridad. *In Capítulo Criminológico: revista de las disciplinas del control social*. v. 29. n° 2. Maracaibo, 2001. p. 07.

⁴⁴³ “El término seguridad, actualmente, aparece considerado en un solo aspecto: el de la tranquilidad de la vida ciudadana, de la defensa frente a los delitos ‘predatorios’, frente a las agresiones urbanas a los bienes individuales, llevadas a cabo por sujetos procedentes de sectores sociales de marginación”. 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. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2006. p. 302.

O princípio da segurança conflita com o princípio da liberdade? Evidentemente, não se fará aqui a clássica distinção entre princípios e regras, até pelo fato de que, para alguns autores, toda regra emana de um princípio⁴⁴⁴. Deixando de lado o recurso miraculoso ao caso concreto, na acepção schmittiana do termo, bem como os espectros misteriosos da *dimension of weight, one right answer*, ditadas pelo excesso de sobriedade do juiz Hércules, que se pode pensar sobre esta tensão? Aqui deixa-se para outro tópico o exame do princípio da proporcionalidade e sua “racionalidade”, nos moldes propostos por Alexy.

Além de um direito penal ancorado no conceito de segurança, é possível encontrar na dogmática constitucional sinais se não expressamente de acordo com o direito penal do inimigo, ao menos silentes em relação às suas conseqüências mais imediatas. Trata-se do que a doutrina refere como proibição de insuficiência ou de proteção deficiente, inclusive a ponto de se alegar a existência de um garantismo positivo⁴⁴⁵. Staechelin⁴⁴⁶ adverte que um dos motores que o direito penal do inimigo utiliza para sua propagação se encontra implícito justamente nessa técnica constitucional de interpretação⁴⁴⁷. Tanto é assim que a figura do inimigo aparece no discurso dos defensores da proibição de insuficiência, mesmo que aparentemente de maneira inocente: *o agressor não é somente o Estado! O Estado não é único inimigo!* Ora, por detrás desta luta pela promoção dos direitos fundamentais, ressurge o inimigo. Se o Estado não é o único inimigo, quem mais será? Obviamente, são

⁴⁴⁴ Esta seria a natureza normogenética dos princípios em relação às regras. Cf CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001

⁴⁴⁵ “O direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, consubstanciado na garantia de proibição de excesso”. STRECK, Lênio Luiz. *Constituição e Bem Jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal*. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em 11.08.2006.

⁴⁴⁶ “La prohibición de infraprotección desarrollada en el contexto del pensamiento de la seguridad impulsa la adopción de medidas jurídico-penales y acorta y relativiza los procesos de ponderación al tratar de prejulgar el resultado de los mismos. Las ideas liberales de libertad, autorresponsabilidad y tolerancia no pueden ejercer poder de convicción alguna en un pensamiento tan pre-estructurado. El destinatario de las medidas estatales no es ya concebido como titular de libertades (ciudadano), sino como amenaza potencial para la seguridad (enemigo)”. STAECHLIN, Gregor. ¿Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” Con Una Concepción Liberal del Derecho Penal? *In La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Comares: Granada, 2000.p. 297.

⁴⁴⁷ “Al individualizar los bienes institucionales mediante la adopción de los criterios materiales que proporciona la Constitución, del mismo modo que los individuales, en su aspecto dinámico se intenta eludir la creación de categorías abstractas de bien jurídico (orden público, moral pública, etc), diferenciándose de las tesis liberales más clásicas en las que predominan los criterios hermenéuticos y de legitimación negativa”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos. *In Cuadernos de Política Criminal*. n° 39. Madrid, 1989. p. 728. “La Constitución no ofrece las garantías de seguridad jurídica mínimas necesarias, como para erigirse en el instrumento exclusivo para la jerarquización de los valores a proteger”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos. *In Cuadernos de Política Criminal*. n° 39. Madrid, 1989. p. 730.

os indivíduos que recaem sobre as malhas do sistema. Preferencialmente, agora, mediante a prática dos novos delitos insculpidos na Constituição da República. Não é raro, desta arte, encontrar no discurso da proibição deficiente, mensagens subliminares que se afeiçoam ao direito penal do inimigo.

De fato, em primeiro lugar, a Constituição da República oferece garantias concretas para a afirmação de que bens jurídicos institucionais se equiparem aos bens individuais na persecução penal? Em segundo lugar, a absoluta vagueza dos critérios constitucionais de adoção de bens jurídico-institucionais abstratos confirma por si só a necessidade de atuação criminalizante estatal? A resposta para a pergunta é a de que o direito penal deve-se socorrer do conceito de segurança, o que por si mesmo demonstra a precariedade de tais critérios. E ademais, diga-se de passagem, o que vincula o poder constituinte à eleição de bens jurídicos do tipo lesa-majestade? Seguramente não é o duplo-vínculo (*double-bind*) institucionalizante dos direitos fundamentais, já que estes se mostram completamente inobservados nos processos de seleção e criminalização desses bens jurídicos meramente institucionais, uma vez que o constituinte então, não encontraria obstáculo algum nessa empreitada⁴⁴⁸.

A proteção constitucional de determinados bens ou valores (Palazzo) parte, como grande parcela da doutrina aponta, do princípio da proporcionalidade. “A noção não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais”⁴⁴⁹. Assim, pondera-se que espécie de bens será protegida constitucionalmente, atribuindo-se uma valoração a *posteriori*, a partir de sua inclusão no sentido material da Constituição da República. Quer dizer, isso significa uma atribuição de sentido, nem sempre limitada pelo texto constitucional, retirando a partir de uma hierarquização axiológica do bem jurídico – dada a sua primazia, a ponto de integrar o

⁴⁴⁸ Em realidade o obstáculo é epistemológico (Bachelard). À pergunta: *haveria Direito antes do Direito?* preferem-se fórmulas mágicas da ciência jurídica, como denunciou Wietholter. WIETHOLTER, Rudolf. *Las Fórmulas Mágicas de la Ciencia Jurídica*.

⁴⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. p. 64.

ordenamento constitucional – as conseqüências disso advindas, não raras vezes atribuindo ao direito penal a realização dessa tarefa⁴⁵⁰.

É importante destacar que o sentido da proibição de insuficiência é sempre uma atuação positiva do Estado. Logicamente, levanta-se a problemática da insuficiência da proteção do Estado nos crimes cujos bens jurídicos são determinantemente vagos. Exige-se a criminalização de determinadas condutas, nas mais das vezes, a ponto de se observar o princípio da igualdade, incluindo, no grupo dos “penalmente perseguidos”, aqueles “desprestigiados” pela ordem penal⁴⁵¹. Inclusive, chegando-se a ponto de, invocando a superação da tradição liberal, afirmar-se que a preocupação do Estado, nesse novo *approach*, é a preservação de direitos transindividuais. Efetivamente, a lição de Ralf Dahrendorf acerca da quadratura do círculo não foi bem compreendida. E ademais, é imprescindível sinalizar que é a partir do caso *Luth* do Tribunal Constitucional Alemão, ao afirmar uma *eficácia irradiante dos direitos fundamentais* que se torna possível identificar uma necessidade de regulação penal da matéria⁴⁵². Em primeiro lugar, porque esta doutrina é tratada exemplarmente por Canaris, para quem “não resulta que os direitos fundamentais tenham sempre, para a relação de sujeitos de direito privado, exactamente o mesmo conteúdo e o mesmo alcance que na relação entre o cidadão e o Estado”⁴⁵³. Segue ainda: “a exigência do bem comum ou do interesse público não desempenham, em regra, qualquer

⁴⁵⁰ Como exemplo pode-se citar: “o garantismo penal na sua dimensão negativa acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo”. Ou seja, a inversão do discurso se torna cristalina: 1) a falta de criminalização é considerada um privilégio; 2) a fim de acabar com esse privilégio, não se cogita a descriminalização das categorias penais que demandariam o privilégio dos “não-criminalizados”; 3) a voracidade criminalizadora é tamanha que se concebe como “privilégio” não ser criminalizado; 4) a conclusão é a de que o Estado deve sempre atender a preceitos de proteção, incluindo em seu rol, a cada dia que passa, extensa lista de condutas reprováveis, sem que se proponham descriminalizações. Afinal, assim, procedendo, o “Estado-amigo dos direitos” estaria deixando desprotegida determinada parcela da sociedade. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *in Revista Brasileira de Ciências Criminas*. a. 12. n. 47. p. 79.

⁴⁵¹ Aqui grupos como a esquerda punitiva e demais defensores de direitos constitucionais como a incolumidade física da mulher, meio-ambiente, grupos “sem-terra” e outros reivindicam juridicamente a inclusão de novos tipos penais, a fim de se verem tuteladas pelo Direito.

⁴⁵² A proibição de proteção deficiente em matéria penal está montada numa premissa além de ingênua, bastante tosca, num raciocínio cujo resultado final advém como um “milagre”. Mediante o recurso a doutrina da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, estima-se que seja possível proteger-se direitos fundamentais de terceiros. Ou seja: os particulares podem lesar direitos fundamentais de outros particulares. E o direito penal se encarregaria de proteger terceiros das ações criminosas de outros. STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *In Revista do Ministério Público*. n. 53. p.242.

⁴⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 37.

papel para a disciplina da relação entre os sujeitos de direito privado⁴⁵⁴. Como se pode vislumbrar, não há como equiparar as relações de direito privado às de direito público, haja ou não relação envolvendo direitos fundamentais. Esta é a primeira premissa esquecida na linha argumentativa da doutrina da proibição de insuficiência. São relações assimétricas, relações que já vem desde o século passado!

De acordo com Canaris⁴⁵⁵, de quem supostamente foram retirados os pontos acerca da proibição de insuficiência⁴⁵⁶, o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado. O que o autor alemão reconhece é o chamado imperativo de tutela, que significa eficácia imediata dos direitos fundamentais e não direta, como sói apontar a doutrina mais desavisada. Como o próprio Canaris⁴⁵⁷ reconhece, a proibição de insuficiência é uma categoria jurídica autônoma. E isto representa que o imperativo de tutela conjugado com proibição de insuficiência possui uma eficácia mais fraca do que aquela referente à proibição de excesso: “a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, ser substancialmente mais fraca do que a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, conjugada com a proibição de excesso”⁴⁵⁸. Evidentemente, como omitido pela doutrina brasileira, Canaris não reconhece qualquer tipo de simetria entre a proibição de insuficiência e a proibição de excesso. Todo o contrário. Há uma clara prevalência desta última em detrimento da primeira.

Apenas se torna imperioso destacar que tal perspectiva acerca de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais ou similares, mas que em sua engenharia traduz-se por ordem de valores vinculativa aos órgãos estatais, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, foi superada pelo caso *Mephisto*⁴⁵⁹. Para Canaris, os direitos fundamentais não se aplicam a relações privadas de maneira direta: destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos⁴⁶⁰. Desta forma, trazendo tal

⁴⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 37.

⁴⁵⁵ “Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 58.

⁴⁵⁶ Cf SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47.

⁴⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 60.

⁴⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 65.

⁴⁵⁹ Para uma análise deste caso e um panorama geral Cf CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*.

⁴⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. p. 55.

caso para a ótica penal, se torna lógico que os direitos fundamentais tutelados pelo direito penal não são endereçados como direitos públicos subjetivos e sua arcaica composição metafísica, mas imperativos de limitação ao poder estatal.

Em síntese, não se protege bens jurídico-fundamentais mediante aparatos de criminalização. A uma, pelo fato de que em tese se utiliza um vocabulário nadificante como eixo central – “proteção de quais direitos e para quem? a fim de retoricamente obter uma legitimação a posteriori no balanceamento ou ponderação das condutas criminalizáveis. A duas, porque o direito penal não tutela interesses de particulares. Quer dizer, se os direitos fundamentais são imperativos de ação ou omissão, endereçados ao Estado, obviamente, quando se tratam de direitos de liberdade, que acabam sofrendo uma restrição pelo direito penal, não se protege promocionalmente qualquer espécie de direito “trans, inter ou até mesmo alter” individual. O direito penal não serve para cancelar propostas promocionais. E, mesmo que se utilize tal expressão, não protege, mediante a eficácia irradiante de direitos fundamentais ou conceitos similares, “direitos da sociedade”, que se mimetizam em deveres de proteção, erigindo o Estado de segurança hobbesiano.

Essa perspectiva totalizante dos direitos fundamentais deve-se à obra de Konrad Hesse *A Força Normativa da Constituição*. Essa “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) assemelha-se, nos dizeres de Sarlet⁴⁶¹, à técnica da interpretação conforme. E assim, chega-se à conclusão de que existem determinados deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, a ponto de se antecipar preventivamente, se for o caso, a qualquer espécie de violação aos direitos individuais dos indivíduos, seja esta lesão cometida pelo Estado ou pelos particulares. Ocorre, desta maneira, um “fenômeno de constitucionalização de todos os ramos do direito”⁴⁶². Parece que este é um caminho perigoso a se seguir. Em primeiro lugar, porque existe uma necessidade de *reserva constitucional*. Ou seja, a força normativa da Constituição da República, para que tenha eficácia, deve resguardar-se de a tudo querer resolver. Este pode ser considerado um dos motivos que fez com que Canotilho retrocedesse quanto à sua posição de constitucionalização do Direito, pós-dirigência

⁴⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. p. 91.

⁴⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. p. 92.

constitucional, optando por identificar no direito reflexivo uma das soluções ao problema do déficit de constitucionalidade em determinados países⁴⁶³.

Essa *reserva de Constituição* é que permite ao Tribunal Constitucional, por exemplo, deixar de aplicar às relações particulares direitos fundamentais. E ademais, somente uma aplicação uniforme e indistinta da Constituição da República pode sustentar sua força normativa. E, nesse caso, para mantê-la, recorre-se a artificios como a proibição de insuficiência ou ainda, proibição de retrocesso a fim de que essa mesma força não perca sua eficácia e se sustente, por si mesma. Dando força a programas políticos amparados constitucionalmente sustenta-se a existência de uma missão jurídica a desempenhar. E, desta maneira, os deveres de proteção estatais, ao requererem concretização máxima, implicam um desenvolvimentismo infraconstitucional, de molde a tornar frutífera a perspectiva panpenalista edificada em meros enunciados político-constitucionais. Não se pode esquecer que, como destaca Canotilho⁴⁶⁴, a Constituição da República é o “estatuto jurídico do político”. E, nessa senda, não pode assumir nem extirpar a necessidade de resolução política de determinados conflitos, sob pena de se transformar num instrumento teleológico de seleção dos indesejáveis em matéria penal.

O espaço lacunoso que exige a Constituição não significa ausência de Constituição. O respeito pela mesma também se auferé limitando sua área de atuação. Essa é uma lição que deve ser observada seja com as decisões da Suprema Corte Americana, seja com os diversos Tribunais Constitucionais Europeus.

A técnica da proibição de insuficiência em matéria penal parte de uma concepção romântica e no mínimo ingênua do Estado, que ignora toda a pragmática da linguagem jurídica como instrumento de poder apontada por Warat e outros tantos juristas. A concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais⁴⁶⁵ esquece-se de que tais direitos não podem ser cindidos em várias dimensões ou ainda, o que é pior, gerações de direitos. Não se pode fracionar segurança e liberdade, como se não fossem institutos de uma mesma genética constitucional. E a partir disso, não se pode equiparar materialmente funções

⁴⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

⁴⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

⁴⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. p. 93.

opostas que se imiscuem. Afinal, transitar pela segurança é impossível para quem não percorreu a liberdade.

Essa proposta, de inclusão gradativa do conceito de liberdade no de segurança, remete para a mudança de paradigma do Estado. Essa superação do Estado liberal-individualista, se por um lado tem como escopo a tentativa de equalização dos grupos sociais, de molde a tornar possível uma existência social não-conflitual (ao menos é isso que tenciona escolas que partem da sociedade e consenso, sequer fazendo alusão à sociologia do conflito), por outro engole a subjetividade do sujeito. Quer dizer, transindividualizar o Direito é o outro lado da forma, como diria Spencer Brown⁴⁶⁶, da eliminação do psiquismo, da identidade que, para uma práxis judiciária conflitual, é inarredável. Eliminar as formas de alteridade, suprimindo as lacunas do obscuro é o crime perfeito contra o sujeito (Baudrillard). A técnica de proibição de insuficiência é um *modus* absolutamente deslocado de se resolver questões de legitimidade, igualdade e proteção a direitos fundamentais em matéria penal.

Em um primeiro momento, admiti-la significa romper com a teoria da norma penal que, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, possui postulados próprios. Em segundo lugar, é romper igualmente com a teoria do direito, ao afirmar que os limites de sentido produzidos em campos autônomos do Direito são invadidos por uma concepção político-finalística de Constituição da República. Em terceiro lugar, mandados de criminalização não podem ser extraídos a não ser de normas expressas que assim o demandem. Do contrário é cair no decisionismo e relativismo jurisdicional, podendo-se afirmar “qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁴⁶⁷. Em quarto lugar, porque a proibição de infraproteção é uma técnica. E, sendo uma técnica, decai em uma hermenêutica tradicional. E, como tal, não havendo caso concreto, não pode ser empregada. E, mesmo existindo um caso concreto, não pode também ser empregada, já que vige ou ao menos deveria vigor, o princípio da legalidade. Ou seja, não pode resultar como *Fallnorm* (Fikentscher), uma norma que não possa ser reconduzida ao sistema. Ou melhor: o *domínio da norma* (Muller) não pode coincidir com a situação lacunosa abstrata e (in)constitucionalmente omissa, já

⁴⁶⁶ Termo utilizado pelo matemático Spencer Brown. Cf SPENCER-BROWN, George. *Laws of Form*. London: Allen and Unwin, 1969.

⁴⁶⁷ A expressão é utilizada por Lênio Streck STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

que a aplicação ao caso concreto demanda uma norma anteriormente criada, o que não se verifica no caso penal. Em quinto lugar, porque apenas a partir de uma cisão irrestrita entre liberdade e segurança, somada a uma interpretação apartada do próprio ordenamento jurídico é possível sustentar áreas livres de interferência entre a proibição de proteção deficiente e proibição de retrocesso. Ou seja, se de um lado haveria uma proteção da segurança (e seu aparato retórico empiricamente indemonstrável), de outro haveria redução drástica na liberdade. Liberdade que não pode ser reduzida por um programa finalístico qualquer, mesmo que formalmente constitucional. Os limites de sentido constitucionalmente permitidos apenas são limites enquanto propensões, na acepção popperiana do mesmo. Todo limite conduz a uma de-limitação. Mas para além, enseja também uma re-limitação. O limite apenas pode ser entendido, se se quiser fazer jus ao termo, como forma de escape de si mesmo. Um limite tão somente existe para ser transposto. Assim, um limite é um não-limite, em sua autêntica e plena forma. A ausência de limites não significa que este já não o tenha sido previamente delimitado. O limite é o impossível, o sem-limites, que preenche o seu vazio material para zonas de transvaloração (Nietzsche). Um limite de sentido, que para Heidegger é onde começa o ser, apenas é em sua ontologia, um limite-para, densificação, decodificação, resultado antecipado, fronteira que lhe escapa. O limite de sentido constitucional, em sua própria ausência originária, já que pura repetição (a prótese de origem de que fala Derrida) é apenas a substituição do Um pelo múltiplo. Quer dizer, o sentido, que percorre os dois caminhos ao mesmo tempo (Deleuze), no entrecruzamento entre o Aion e o Chronos, supera-se a si mesmo ao de-limitar, o que em si é uma fuga, para-além-do-limite. Aí insiste-se: um limite é o não-limite (não “um não-limite).

A ameaça de derrocada constitucional inicia-se no momento em que o limite, como que em cascata, derrama-se para além de sua forma, esboroando o ordenamento integralmente. A Constituição da República, apontada como limite é, em realidade, todo o contrário: a sua necessária ultrapassagem, rumo ao *modus ad infinitus*, na sua pretensão à totalidade que dormita em seu leito procustiano. Um sentido completamente em expansão, feroz e múltiplo, que tal Hidra de Lerna projeta, volve, atira-se sobre o outro. O projeto moderno, hipernormativizante, interdiscursivo e intralacunosos (lacuna como a falta originária) remete para a absorção da integralidade do outro, de sua redundância em não se

mostrar, em se esconder, subterfúgio transcendente. A impossibilidade de redução do ordenamento ao ordenamento constitucional pleno é condição (não de possibilidade do ser ao ente), mas de epistemologicamente construir o espaço limitativo que lhe configure a limitação superior. Isso significa que a Constituição da República, em seu desejo de perenização, de absorção da alteridade, de realização do projeto moderno, constrói-se, também como apontou Luhmann, em *Unrecht*. O resultado é o empreendimento de preencher as áreas livres de direito (Kauffman), colonizando o não-dito, que todavia se mantém mais forte nos limites que o signo almeja lhe atribuir. Além dessa tentativa de redução imanentista do saber jurídico ao saber constitucionalmente jurídico, a força normativa da Constituição da República ameaça esboroar-se, na crença de que estará, como a memória, disponível mais adiante (Rui Cunha Martins – *O Nome da Alma: memória por hipótese*). E finalmente, a necessária hetero-integração do ordenamento, como desde há muito apontava Bobbio, figura-se como uma promessa em branco, para jamais ser lida.

A autoliquefação da Constituição republicana é justamente a sua realização irrestrita, absorção da absorção de todo o múltiplo pelo Um. Ampliando-se a tal ponto que conceitos jurídicos tão caros à filosofia jurídica, teoria do direito e todos os ramos da dogmática jurídica, sejam domesticados por um saber tirânico e assolador. A teoria que se faz crítica e cuja tarefa é questionar os argumentos de autoridade estatutários se projeta para além de seus limites, despojando outras formas de saber e, por força disso, tornando-se ela mesmo um saber estatuído, imune a críticas.

O projeto do Estado-de-Segurança, latente na modernidade, promete se mostrar. Com ele chega a eliminação dos redundantes, dos estranhos, dos outros. O direito penal do inimigo encontra fértil solo para aprofundar suas raízes. Às vezes em nome da segurança, da liberdade, dos direitos humanos, da Constituição! Afirmar que o Estado deve proteger penalmente determinadas áreas é assinalar o que havíamos justamente apontado: um limite que é vazio normativamente, um limite que é puro desejo⁴⁶⁸ (e pura contingência – mais uma vez Spencer Brown). Um limite que não encontra restrições expressas ou implícitas. O

⁴⁶⁸ Como exemplo dessa constatação: “entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional”. STRECK, Lênio Luiz. *Constituição e Bem Jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal*. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em 11.08.2006.

inimigo é político e a sua determinação circunstancial. Como assevera Prittwitz⁴⁶⁹ “aqueles que por assim dizer querem “inverter” o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo”. Essa tendência se encontra justamente mais concretizada no estado de exceção, que pode ser interpretado, de antemão, como uma perda jurídica da liberdade. Significa: esvaziamento jurídico dos limites à liberdade, preenchimento jurídico de suas lacunas (liberdade fragmentária) e substituição do conceito de segurança, devido à *força normativa da Constituição*, que necessita cada vez mais de “otimizações”, sob pena de justamente perder sua eficácia. Ou seja, ocorre uma densificação da juridicidade constitucional, a ponto de se retirar a autonomia de outros campos jurídicos⁴⁷⁰. Como afirma Muñoz Conde⁴⁷¹ “¿se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de derecho e incompatibles con sus principios fundamentales?” Por enquanto, deixaremos tal pergunta em aberto, à espreita, para nas conclusões voltarmos sobre ela. Por hora, certo é que a argumentação atual no contexto jurídico sobre o direito à segurança como direito fundamental é a mesma conclusão sobre a métrica que um parnasiano poderia chegar sobre a obra de Joyce, Ulysses.

As conclusões que podem ser tiradas deste breve tópico são as seguintes. Em primeiro lugar, o debate, ao menos em matéria penal, em se tratando de proibição de infraproteção diz respeito à decisão do Tribunal Constitucional Alemão, acerca do aborto (*BVerfGE 88*). Nessa decisão, o Tribunal Constitucional alemão acaba invocando a proteção penal como uma maneira de se tutelar determinados direitos que encontrariam na Constituição da República a sua sede teórica. Nos dizeres do próprio tribunal “é tarefa do legislador determinar em concreto o modo e o alcance da proteção (da vida não nascida)”. A Constituição da República estabelece essa proteção como objetivo, mas não sua

⁴⁶⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal Entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *in Revista Brasileira de Ciências Criminas*. a. 12. n. 47. p. 44.

⁴⁷⁰ Como pode se verificar: “Não há, repito, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc”. STRECK, Lênio Luiz. *Constituição e Bem Jurídico*: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em 11.08.2006.

⁴⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *De Nuevo Sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.p. 82.

conformação concreta. A maneira de se determinar essa proteção, determinadamente penal, sujeita-se, assim, ao controle constitucional. É de onde a proibição de hipossuficiência derivaria. A proteção de infraproteção impede a renúncia ao emprego ao direito penal e os efeitos protetores que dele derivam. De fato, na lógica do tribunal, existe a impossibilidade de se renunciar ao direito penal para proteger determinados valores. No caso, a fim de se garantir a proteção da vida, evitando-se o aborto, seria necessário criminalizar, reconhecer a pena como a única solução possível.

De certa forma essa decisão se conforma com outra anterior do Tribunal Constitucional (*BVerfGE 39*) que também trata do crime de aborto. Inclusive um autor como Sax chega a afirmar a possível incompatibilidade da ausência de criminalização com o princípio da dignidade da pessoa humana. O resguardo e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana restaria realizada a partir do momento em que determinados delitos como o homicídio, o tráfico de substância entorpecentes e outros tantos não ficassem à margem do sistema penal.

O ponto problemático da questão se encontra na medida em que uma necessidade de proteção penal sobre certos bens é presumida. De fato, reconhecer que a Constituição da República tutela certos bens ou valores é uma coisa. Outra bem diferente é sustentar que tal proteção deve se dar no campo estritamente penal. Logicamente, acreditar que o sistema penal poderá implementar uma proteção exaustiva ou ainda concretizar valores como o princípio da dignidade da pessoa humana, mediante a aplicação de penas (violência institucionalizada) é no mínimo, teratologia. Não há, ao menos na Constituição Alemã, determinação expressa alguma de que determinados delitos devam ser perseguidos criminalmente. A única fonte para essa construção seria o direito à segurança. “Quienes abogan por la prohibición de infraprotección se basan precisamente en la Constitución y en las garantías de la seguridad”⁴⁷².

Num primeiro momento, portanto, reconhece-se um caráter criminalizador da Constituição da República. Esse é o primeiro momento da proibição de insuficiência: criar uma forma constitucional de proteção penal, que não pode ser delegada a nenhum outro ramo do direito. Todavia, a tarefa ainda não resta cumprida. É indispensável manter aberto

⁴⁷² STAECHELIN, Gregor. ¿Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” com una Concepción Liberal de Derecho Penal? *In La Insostenible Situación Del Derecho Penal*. p. 290.

o rol das condutas criminalizáveis. Isto é: qual o alcance desse dever? Qual o âmbito de proteção penal dos mandados de criminalização? (antiga denominação que aparece na primeira decisão do Tribunal Constitucional sobre o aborto)?⁴⁷³. A temática que surge é a de se preservar uma concepção liberal de direito penal ou de se alargar os campos de atuação do poder punitivo estatal, mediante o recurso ao direito à segurança, capaz de guindar o discurso criminalizador ao status constitucional. Trata-se da transformação do conceito de segurança como uma forma de exigência prestacional própria do denominado Estado de bem-estar social, que em tese promove uma completa reformulação dos elementos informadores do direito penal. É assim que “los defensores del pensamiento de la seguridad convierten el deber de protección de los derechos fundamentales, pero también de bienes colectivos como el monopolio estatal de la violencia o la funcionalidad de la Administración de Justicia penal”⁴⁷⁴.

A abertura dos tipos penais ou dos deveres constitucionais de criminalização encontrados na Constituição da República atendem a um conceito de “proteção dinâmica dos bens jurídicos”. Opera-se um verdadeiro pensamento de segurança que trabalha com uma profunda desconfiança do caráter conclusivo da intervenção do legislador no cumprimento do dever de proteção. Assim, a tarefa do legislador constitucional, na determinação dos bens passíveis de tutela penal é uma atividade sempre em construção. A opção pelo direito penal, fora a ausência de motivação mais aprofundada, apenas pode encontrar seu sustentáculo numa possível e não menos desequilibrada eficiência. Partindo-se do fato de que o direito penal é o segmento mais contundente do ordenamento jurídico, exige-se a irrestrita proteção de bens jurídicos, que realizaria tal tarefa mediante um custo baixíssimo (a utilização da eficácia simbólica), obtendo uma solução satisfatória (garantindo e preservando tais bens jurídicos).

O resultado disso tudo é que a proibição de infraproteção aliada ao pensamento de segurança é hábil a gerar inúmeras medidas jurídico-penais, reduzindo os processos de

⁴⁷³ “Cuando se admite, en consonancia con la actual concepción de la Constitución, la existencia de un deber del Estado de intervenir activamente en favor de la realización de las garantías constitucionales de libertad, se abre el campo para la discusión sobre el alcance de dicho deber y, muy especialmente, sobre hasta qué punto puede entrar en contradicción con el carácter de garantía de la libertad propio de los derechos fundamentales”. STAEHELIN, Gregor. ¿Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” com uma Concepción Liberal de Derecho Penal. In *La Insostenible Situación Del Derecho Penal*. p. 291

⁴⁷⁴ STAEHELIN, Gregor. ¿Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” com uma Concepción Liberal de Derecho Penal. In *La Insostenible Situación Del Derecho Penal*. p. 296.

ponderação ao tratar de prejudicar os mesmos. Ou seja, o cidadão não é mais concebido como portador de direitos, mas como uma ameaça. Como afirma Denninger, a proibição de infraproteção é um verdadeiro motor de criminalização. Os limites estabelecidos pela proibição de infraproteção coincidem com os da proibição de excesso, não sobrando margens de manobra para o legislador. O resultado é um sistema constitucional alargado, abrangente. Assiste-se ao surgimento de um ordenamento constitucional-jurídico. Se por um lado seria interessante o gradativo respeito às garantias constitucionais, esse mesmo fenômeno é responsável pela perda de sua eficácia, reduzindo e restringindo a Constituição da República a uma mera norma ordinária...

Para finalizar, a proibição de insuficiência coincide com uma gradativa pulsão de segurança que inebria a sociedade. Com a perda dos referenciais, vive-se uma sociedade que se pauta por imperativos de medo e da ausência de contato com o outro. Existe uma forte semelhança entre a proibição de infraproteção e o pensamento de Carl Schmitt. O ponto em comum seria a necessidade de se garantir e preservar a Constituição da República. Para Schmitt, o guardião da Constituição, o soberano político é quem deve decidir, com a suspensão de todos os direitos e garantias. Atualmente, a preservação da Constituição da República se faz também colocando em estado de suspensão direitos e garantias constitucionais. Via suspensão da própria Constituição, sob a égide de certo direito à segurança. A proibição de infraproteção é apenas uma faceta que assume o Estado-penal na mesma frequência do direito penal do inimigo. A proibição de insuficiência constitui, implicitamente, uma das ferramentas do direito penal do inimigo. A utilização da Constituição da República para legitimar os dispositivos de segurança, inerentes ao direito penal do inimigo corresponde ao que se denomina aqui de blindagem teológica do discurso. Além da inversão dos princípios constitucionais penais elementares, fazendo-os adquirir e exercer uma função positiva, a blindagem teológica impede o questionar. Tal impedimento surge no momento em que colocar em questão a própria Constituição da República soaria como antidemocrático, reacionário e outros rótulos. Utiliza-se da Constituição da República para se evitar a crítica. Crítica que se poderia realizar até mesmo sobre a Constituição da República se fosse utilizada como uma estratégia de minimização de direitos fundamentais. Blindagem teológica (teologia no sentido de Schmitt de secularização de conceitos

teológicos como teoria do Estado) do discurso corresponderia ao impedimento e redução de todo discurso contrário. É justamente isso que se pode encontrar no cenário atual.

Uma vez superada a discussão epistemológica que governa a “proibição de proteção deficiente”, cabe seguir adiante. A temática da proibição de insuficiência como recurso argumentativo para a criminalização de condutas encontra também, no processo penal, aplicação. Se não de forma explícita, ao menos velada. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade também aparece como um aparato retórico capaz de tornar aceitáveis provas sabidamente ilícitas. Tomando-se por subterfúgio a proteção de “hipotéticos direitos fundamentais da sociedade”, tem-se expandido as limitações ao princípio da proibição da prova ilícita e de suas derivações. Nesse ponto, de posse das noções elementares da proibição de proteção deficiente, passa-se ao exame do atual tratamento da prova ilícita no Brasil.

2.11.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e suas Limitações

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) surge pela primeira vez em decisório da Suprema Corte Americana no caso *Silverthorn Lumber Co vs EUA*⁴⁷⁵. Neste *leading case*, a Suprema Corte americana afastou, por violação constitucional, não apenas a prova diretamente apreendida mediante violação dos direitos fundamentais do acusado, mas anulou também aquelas provas consideradas derivadas das originárias. Neste caso, pronunciou-se a Suprema Corte americana no sentido de afastar determinadas provas que teriam violado preceitos fundamentais da Constituição norte-americana. Em que pese a expulsão das provas consideradas ilícitas do processo, assim como aquelas derivadas das primeiras, o Tribunal afirmou ao mesmo tempo a possibilidade de uma decisão poder basear-se em provas independentes das originárias, o que significaria a ausência denexo de causalidade entre umas e outras. No caso *Silverthorne Lumber Co vs EUA*, o juiz Holmes, ao apreciar o mérito da demanda e, apesar de afastar as provas ilicitamente obtidas, deixou abertas as portas para a limitação da fonte independente, ao

⁴⁷⁵ Apesar da indicação equivocada por algum setor doutrinário de que a teoria dos frutos da árvore envenenada teria surgido a partir do caso *Wong Sun vs United States*. Cf CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. p. 96.

afirmar a inexistência de uma invalidade sagrada⁴⁷⁶. De fato, como aponta Lima, houve o reconhecimento de certos limites as *exclusionary rules*: “a adoção plena desta teoria acaba por dificultar demasiadamente a apuração dos fatos delituosos, dando um efeito por demais exagerado ao reconhecimento de ilicitude de uma prova”⁴⁷⁷. A problemática concernente à teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil ainda é recente, tendo em vista que a prova ilícita ingressa como elemento constitucional tão somente em 1988.

Com a introdução, a partir de 1988, da cláusula de inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI da Constituição da República), a antiga discussão doutrinária sobre o amparo legal das provas ilícitas nas regras processuais que tratam das nulidades logo cedeu espaço à consideração de que o tema é de índole constitucional. Consagrada constitucionalmente a regra que torna inadmissível carrear-se ao processo prova viciada em sua origem, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar dois critérios para se afastar a prova ilícita. Num primeiro momento, o argumento para se repudiar as provas ilícitas ancorou-se no princípio da proporcionalidade. Já num segundo momento, passou o Supremo Tribunal Federal a valer-se da teoria dos frutos da árvore envenenada (ilicitude por derivação).

É preciso salientar que a importância da proibição das provas obtidas por meio inidôneo reside prefacialmente, na natureza dúplice da norma fundamental de inadmissão. A primeira garantia, material, tem por objetivo a preservação dos direitos fundamentais ante a atuação violadora do Estado. De outra banda, além desta garantia fundamental que protege a privacidade, intimidade e a própria dignidade da pessoa humana – daí ser a prova ilícita obtida por meio juridicamente repellido – há outra que coabita campo distinto. Trata-se de uma garantia que atua sobre o campo do processo penal. Num primeiro aspecto, a proibição da prova ilícita protege as regras do jogo – *fair play* – cuja relevância para o sistema adversarial é predominante. Ainda no âmbito processual, a norma proibitiva das provas ilícitas desenvolve uma vedação à busca pela verdade substancial. A inadmissibilidade torna objetável a prova produzida em desacordo com as garantias fundamentais, de modo que o seu transporte para o processo seja evidentemente permeado por vício insanável. A tutela das garantias fundamentais demanda, em um Estado

⁴⁷⁶ .HAIRABEDÍAN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Villela, 2002. p.68.

⁴⁷⁷ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória*. p. 188.

Constitucional de Direito, a abdicação da persecução penal a qualquer preço. Desta forma, o abandono da propalada verdade real⁴⁷⁸ é o preço a ser pago em uma ordem que garanta minimamente os direitos fundamentais dos investigados e acusados, mesmo que isso signifique uma possível e hipotética sentença absolutória⁴⁷⁹.

Todavia, a teoria dos frutos da árvore envenenada acaba ganhando alguns contornos que permitem, paulatinamente, a criação de inúmeras exceções⁴⁸⁰. Daquilo que foi posto, no exame da proibição de proteção deficiente, é fácil estimar que em matéria processual, ganha campo, por intermédio do princípio da proporcionalidade, a admissibilidade da prova ilícita em determinadas situações. Principalmente, admite-se, justificando-se a partir da ponderação de interesses, a ruptura do elo entre ilicitude originária e derivada, de modo a enfraquecer a cadeia de ilicitude. Como acentua Oliveira, “o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência da Alemanha e de alguns países da Europa para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente”⁴⁸¹. Com isso, justifica-se que, em casos de extrema dificuldade probatória (principalmente naqueles que são praticados pelo denominado crime organizado) emirjam no processo provas que apesar de sua ilicitude originária, acabam sendo admitidas a fim de se “evitar a impunidade”. A justificativa é semelhante àquela utilizada para se fundamentar um dever de criminalização. Em certos casos, o Estado também deve proteger “interesses e direitos da sociedade”. No caso do direito penal, este ramo do direito também

⁴⁷⁸ Nesse ponto, por exemplo, Dosi sustenta que a liberdade incondicionada da prova é condição para que se possa dar o convencimento judicial, trazendo duas conseqüências: a) a busca pela verdade real; b) embasar a decisão unicamente na prova obtida. DOSI, Ettore. *La Sentenza Penale di Proscioglimento*. Milano: Giuffrè, 1955.p. 02-03.

⁴⁷⁹ “Do ponto de vista do processo, pois, o princípio se desdobra em duas direções distintas, ambas, porém, dirigidas ao juiz, a saber: a) de um lado, impondo a observância das *regras do jogo*, de modo a limitar a valoração da prova obtida ilicitamente, como *regra de julgamento*; o juiz, independentemente da qualidade da prova, deve ignorá-la, pois aceitar uma prova produzida contrariamente às normas procedimentais implicaria tratamento desigual às partes; b) de outro lado, a vedação das provas ilícitas influiria como regra de *convencimento*, impedindo que o juiz construísse a sua certeza com base em material produzida *fora do controle judicial*”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica*: na tutela penal dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 164.

⁴⁸⁰ “É preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as prova derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras é ténue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. p. 163.

⁴⁸¹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 321.

protegeria interesses coletivos. No processo penal, estes mesmos interesses seriam tutelados à medida que, frente a um caso de aridez probatória, se conseguisse buscar prova que, mesmo sendo inadmissível, servisse de sustento a um édito condenatório. Nas palavras de Lima sobre o princípio da proporcionalidade em matéria processual penal, adverte o processualista que a proibição de admissão das provas ilícitas também admitiria um juízo de proporção, pelo que seria legítima “a produção de prova ilícita mesmo ante a violação de norma constitucional em casos excepcionais, ou seja, também se deveria levar em consideração valores igualmente constitucionais protegidos da mesma forma ou de forma mais relevante que aqueles violados na coleta da prova”⁴⁸².

Como se pode ver, acabar admitindo exceções em nome de entes coletivos, de interesses gerais e abstratos, enfim, não resultou, como demonstra a história, em boas decisões. Afinal de contas, a própria Inquisição tinha em conta uma finalidade das mais louváveis: salvar a humanidade! Entretanto, como advertiria Agostinho Ramalho Marques Neto, “quem nos salva da bondade dos bons?”. Há a criação de um falso antagonismo entre interesse público e privado (entre Estado e acusado), de modo a sustentar uma não menos falsa dicotomia: a condenação do acusado atende a interesse público, a absolvição atende ao interesse tão somente do acusado e de sua família. Não seria de se esperar que fosse um fim perseguido estatalmente - interesse público - a absolvição de um inocente, para além da condenação do culpado?

Na Alemanha, a situação não é diferente, oscilando o Tribunal Constitucional entre a preservação dos direitos fundamentais e a sustentabilidade de uma acusação forjada em provas ilícitas. A doutrina alemã talha o que se pode denominar de *Beweisverbote*, de âmbito de incidência diverso da *exclusionary rules* norte-americana. O Tribunal Federal alemão trabalhou a partir do princípio da ponderação de bens, ao julgar o célebre caso da gravação clandestina. De acordo com Silva Júnior, ao analisar o caso do gravador acentua que “em um dos julgamentos célebres, conhecido como caso do gravador, julgado em 1960, o Tribunal Federal Alemão (*Bundersgrichtshof*, BGH) defendeu a invalidade da gravação clandestina, forte na concepção de que a palavra falada faz parte do conteúdo do direito geral de personalidade, o que fere o respeito à dignidade da pessoa humana”⁴⁸³. Evidencia-

⁴⁸² LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. II. p. 73.

⁴⁸³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 482.

se que a ponderação de bens em jogo, de acordo com a política constitucional do Tribunal Constitucional alemão leva em conta os direitos imanentes à personalidade, por um lado, e a sua possível violação quando submetidos à apreciação em um processo criminal, por outro.

Já no sistema americano, a proibição das provas obtidas por meio ilícito visa, preliminarmente, a atender a uma função limitadora da polícia, cuja atribuição, no processo americano é também trazer aos autos as provas (*fact finding*) necessárias ao *case*. Esta fase, conhecida nos EUA por *discovery* e na Inglaterra como *disclosure* compõe-se daquelas provas colhidas pela acusação e defesa, cuja idoneidade garante a sua submissão à consideração perante o Tribunal do Júri (*trial by jury*). A proibição atende às regras do jogo, garantidas pelo juiz, não apenas aos direitos de personalidade⁴⁸⁴. Daí uma inevitável diferença entre o modelo alemão que tutela a dignidade da pessoa humana, como um princípio que deve ser obedecido pelo Estado, mesmo à custa da precariedade das provas processuais e o anglo-saxão, fundado sobre a atividade limitadora sobre a polícia bem como pelo respeito à cláusula *due process*. O sentido da proibição é duplo: dirige-se em primeiro lugar, aos agentes policiais a fim de se coibir atividades atentatórias aos direitos fundamentais; em segundo, os direitos fundamentais servem de parâmetro à polícia, não podendo infringi-los, sob pena de exclusão da prova. No Brasil, igualmente como na Alemanha, serve a proibição das provas ilícitas como forma de proibir a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸⁵. Todavia, as regras americanas de exclusão da prova não se mantiveram por longo tempo afastadas da influência dos movimentos de intolerância como o *law and order, broken windows theory*⁴⁸⁶.

A partir da mudança de composição da Suprema Corte americana, mais e mais exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada foram geradas. Na própria decisão do caso *Silverthorne* já houve o voto no sentido da possibilidade de valoração de prova obtida

⁴⁸⁴ “Uma diferença muito importante é que, no sistema americano, o ônus da prova é sempre do promotor, nunca do réu. O réu não tem obrigação nenhuma de proporcionar qualquer evidência e, o que é mais importante, o juiz nunca busca prova por conta própria, em contraste com o princípio da ‘verdade real’, que caracteriza os processos civil e penal brasileiro”. MESSITE, Peter J. O Poder Judiciário Norte Americano em Face das Provas Ilegalmente Obtidas. In *Boletim dos Procuradores da República*. a. III. n. 30., 2000. p. 12.

⁴⁸⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 501.

⁴⁸⁶ Para um apanhado desse pensamento Cf WACQUANT, Lóic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? Disponível em www.ulbrajus.com.br. Acesso em 15.04.2007.

mediante fonte independente (*independent source*)⁴⁸⁷. Como acentuará Costa Andrade ao tratar da prova ilícita e sua natureza jurídica dentro do sistema processual penal, “a questão verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia”⁴⁸⁸. E como tal, sabendo-se que os movimentos *law and order* e *broken windows* concernem à política de segurança pública, inteligível por que há o incremento das exceções às *exclusionary rules* com a expansão do modelo repressivo de política criminal. Desta maneira, cumpre seguir a análise do tema enfocando as principais exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, a fim de se ter noção do estado da questão.

2.11.2 O Princípio da Proporcionalidade

Como já restou evidenciado anteriormente, o princípio da proporcionalidade vem sendo gradativamente utilizado para se afastar a incidência das provas ilícitas por derivação. Segundo esta análise e para o que importa no momento, o caso em concreto poderá excepcionar a proibição de admissão da prova ilícita, sempre que interesse público o exigir⁴⁸⁹. A justificativa para a utilização da prova ilícita residiria, como também já posto, na supremacia do interesse público sobre o individual. O amparo teórico, malgrado a constante invocação da verdade real, seria, como na proibição de proteção deficiente, o direito fundamental à segurança da sociedade, miraculosamente restabelecido com uma condenação em processo penal. Demais disso, os critérios de prevenção especial e geral que

⁴⁸⁷ “Ao mesmo tempo em que a teoria das exclusionary rules atingia, nos Estados Unidos, a sua expressão máxima com o entendimento de que ela abrangia, ainda, as provas derivadas, surgia, em contranota, uma forte reação contra a rigidez dessa regra, que ganhou fôlego com as vozes fortes do movimento criminal denominado *law and order*, com o qual se reclamava a adoção de temperamento à tese, com conseqüente redução de seu alcance, especialmente em relação à contaminação das provas por derivação”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 498.

⁴⁸⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 144.

⁴⁸⁹ “Trilhando-se por esta linha de pensamento, será necessário entender que, a despeito do reconhecimento da ilicitude da prova, poderá o magistrado decidir pelo seu não-desentranhamento ou pela sua não-inutilização, em face da possibilidade excepcional de ser utilizada quando, diante das peculiaridades do caso concreto, houver evidências de que dificilmente surgirão outras provas que permitam ao juiz decidir de acordo com a verdade real”. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. p. 401.

acabam tornando o processo penal instrumento de política criminal⁴⁹⁰ poderiam determinar, em consonância com a dificuldade probatória, critérios que tornariam admissível a prova ilícita em detrimento do acusado⁴⁹¹. Lima também sustenta semelhante tese, ao afirmar que existem direitos de ranking constitucional que também deveriam ser preservados no processo penal, com o recurso ao princípio da proporcionalidade⁴⁹².

No direito norte-americano também se encontra *leading case* que se vale da razoabilidade⁴⁹³ para admitir a prova ilícita. Trata-se do caso US vs Payner. Segundo Silva Júnior “para flexibilizar a rigidez da *exclusionary rule*, tem-se aceitado que o juiz, em cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição da República, tendo em consideração a intensidade e quantidade da violação ao direito fundamental e o dano que poderá advir caso a prova não seja admitida”⁴⁹⁴. Admitir-se o ingresso e a manutenção de provas reputadas como ilícitas no processo penal é um retorno obscurantista ao dogma da verdade real e seus corolários inquisitoriais alicerçados na premissa narcísica de obtenção de um fato passado imune a incertezas.

A reforma do processo penal introduzida em 2008 traz à tona duas exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, indicando um caminho de relativização da proibição de

⁴⁹⁰ FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal*. Lisboa: Almedina, 2001.

⁴⁹¹ “Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público assim o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar-se a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo (frisa-se: apenas neste caso e observada as peculiaridades da prova assim obtida), parece justificar-se ainda em questões relacionada às chamadas prevenção geral e prevenção especial – a primeira sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilícitas obtidas consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes, já a segunda, dirigida ao delinqüente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. p. 410.

⁴⁹² “Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos; daí pensarmos que, sem dúvida, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só *pro reo*, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais iguais ou mais relevantes, poderá tal princípio ser utilizado *pro societate*, fazendo-se a ponderação de interesses em cada em concreto [sic]”. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória*. p. 192.

⁴⁹³ Tendo em vista a diferença existente entre razoabilidade e proporcionalidade. Para se ter notícia desta dicotomia, Cf ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁹⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 516.

admissão das provas ilícitas, que começou principalmente com a jurisprudência do STF e se vai prolongando até a recepção de exceções pela legislação infraconstitucional. O efficientismo persecutório estatal ganha incremento a partir do momento em que se desdobra o avanço do princípio da proporcionalidade como “pau para toda obra”. O princípio da proporcionalidade, como na proibição de proteção deficiente, agora é utilizado como recurso retórico à satisfação de interesses coletivos. Como resultado, não seria de se esperar coisa diversa do que o alicerce doutrinário emprestado à prova ilícita “*pro societate*”. Justificativas como a dificuldade probatória, o direito à segurança da sociedade e a necessidade de se evitar a impunidade ameaçam esboroar o sentido e alcance protetivo da cláusula de inadmissibilidade de meio probatório obtido mediante lesão a direitos fundamentais. A alegação de bens de igual ranking poderia servir de manipulação discursiva para que tais meios de prova ingressassem no processo. Entretanto, não se pode compactuar com tal postura. Em primeiro plano, pela absoluta ingenuidade dos argumentos, que rendem homenagem a uma fissura entre direitos individuais e coletivos, com nítida preferência pelos segundos. A duas, pela circunstância incontornável e ineliminável de conformação do processo acusatório à esfera estreita da legalidade, que não pode ser violada por construtos artificiais como os da proporcionalidade *pro societate*.

De resto, as advertências realizadas por ocasião da crítica à proibição de proteção deficiente servem aqui sustentação da admissibilidade da prova ilícita contra o acusado.

2.11.3 Limitação da Fonte Autônoma (*Independent Source Limitation*)

A limitação da fonte autônoma ou independente que prevê a quebra do nexo de causalidade da ilicitude originária e derivada, como sustentado no tópico acerca da *fruits of the poisonous tree* foi concebida pela Suprema Corte Americana no caso *Silverthorne vs EUA*. O juiz Holmes em seu voto anunciava que a ilicitude da prova não poderia ser considerada uma cláusula sagrada. Se a sentença se baseasse em elementos de convicção outros que não aqueles produtos de uma ilicitude originária, não seria caso de anulação de todo o processo. Em síntese, se a prova independente fosse obtida de forma autônoma daquelas viciadas, não haveria razão para se falar em nulidade processual. O vício das provas ilícitas não contamina aquelas obtidas de forma independente.

Esta limitação foi introduzida no cenário nacional recentemente em nível legislativo. A reforma do processo penal excepciona, nos parágrafos do art. 157 do CPP os casos de incoerência de ilicitude derivada. Entretanto, apesar de a exceção ser muito recente, o posicionamento do STJ e do STF já admitiam o recurso à fonte autônoma, como exemplificativamente são os casos dos habeas corpus 76203/SP⁴⁹⁵ (prova ilícita derivada de escuta telefônica inválida não ocasiona a ilicitude das demais provas); habeas corpus 89321/RJ⁴⁹⁶ (mencionando a existência de provas autônomas). O STJ também admitiu a teoria da fonte independente em julgado de habeas corpus⁴⁹⁷.

A Suprema Corte americana reconheceu em diversos precedentes a limitação da fonte independente, como por exemplo, os casos *Murray vs EUA* de 1988 e *Segura v EUA*⁴⁹⁸. Em breve síntese, a limitação da prova independente tem por finalidade justamente tornar exequíveis as advertências do juiz Holmes no caso *Silverthorne vs EUA*: as normas sobre a ilicitude das provas não são sagradas. Desta maneira, registra-se que a teoria da fonte autônoma trata de relativizar o rigor excessivo trazido pelos frutos da árvore envenenada⁴⁹⁹. Como sustenta Hairabedian, a prova absolutamente independente poderia

⁴⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator Ministro NELSON JOBIM. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em 12/05/2009.

⁴⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQUENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. Relator Ministro Eros Grau. Data da decisão: 03/08/2004. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em 12/05/2009.

⁴⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARTS. 213 E 214 C/C ART. 24, A, E ART. 147, TODOS DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. DEGRAVAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ORDEM CONCEDIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DA REFERIDA PROVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS PROVAS RECONHECIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE ACURADO EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. Relator Ministro Félix Fischer. Data da decisão: 28/06/2005. Disponível em www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em 12/05/2009.

⁴⁹⁸ “No caso *Murray v US* (1988), a polícia efetuou, ilegalmente, diligência na casa de um suspeito de contrabando, sem mandado, mas o obteve posteriormente, com base nos indícios que já possuía, tendo retornado ao local e apreendido o objeto do contrabando. No caso *Segura v US* (1984), os policiais permaneceram na casa do suspeito, por horas, sem mandado, enquanto este era providenciado, com base em informações anteriores à diligência ilegal. Considerou-se não ter havido ligação entre a prova obtida e a ilicitude praticada, isto é, que a prova foi obtida por um meio independente à ilegalidade inicial”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 44.

⁴⁹⁹ “A teoria da fonte independente (independent source) tem sido adotada por vários pronunciamentos da Suprema Corte Americana, que consiste em relevar a nulidade da prova quando, ainda que ilícito o meio

servir de parâmetro a ensejar valoração judicial, não havendo que se falar, a partir da ruptura da causalidade, em ilicitude por derivação⁵⁰⁰.

A limitação da prova absolutamente independente diz respeito, sobretudo, quanto à sua natureza jurídica, à criação de um mecanismo de exceção à regra da inadmissibilidade da prova ilícita. O que deve ser observado, a fim de se não cometer mal-entendidos, é o efeito prático consistente na não anulação de todo o processo penal se, em existindo duas espécies de provas (lícita e ilícita), o juiz puder manifestar sua livre convicção utilizando-se daqueles prova lícitas carregadas aos autos. Em nenhum momento há autorização para o magistrado firmar sua convicção em prova ilícita e cotejá-la com as demais prova lícitas. Em última instância seria mantida aquela condenação desde que, depurando-se do processo as provas consideradas ilícitas, bem como as destas derivadas, houver material probatório a ensejar a reprimenda estatal. A doutrina americana exige um chamado *clean path*, um caminho lícito capaz de conduzir à prova secundária, que se revela hipotético⁵⁰¹. A condição para a condenação lastreia-se no requisito fundamental de as demais provas colacionadas não guardarem relação com as consideradas ilícitas. Portanto, a limitação da fonte independente é uma teoria de apontamento da quebra do nexos causal entre as provas ilícitas e as lícitas, tendo como resultado prático a salvaguarda dos atos processuais não contaminados. Se, com a manutenção de tais atos houver material probatório suficiente para um juízo condenatório autorizado estará o juiz a reconhecer a procedência da denúncia. De acordo com Silva Júnior, ao comentar a limitação da fonte autônoma, “nessa linha de pensamento, a despeito da ilegalidade praticada na obtenção da prova (confissão à força, por exemplo), não se tem por contaminada a prova que resulta de procedimento independente, sem conexão direta com a violação constitucional anteriormente praticada na investigação”⁵⁰².

empregado na apuração, esta exista por si mesma, podendo ser obtida em conformidade com o ordenamento jurídico. Ela serve para temperar o rigor da teoria dos frutos da árvore envenenada”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 500.

⁵⁰⁰ Ya en 1920, cuando la Corte extendió la ineficacia probatoria a la prueba derivada de la ilegal en el caso “Silverthorne”, el voto del juez Holmes agregaba que la teoría de la extensión no necesariamente implicaba que las pruebas adquiridas en virtud de violación eran de una invalidez ‘sagrada’, y que si el conocimiento de ellas es obtenido de una fuente independiente, puede servir como prueba como cualquier otra”. HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 68.

⁵⁰¹ MORÃO, Helena. O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 16. n. 4.,2006. p. 614.

⁵⁰² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 501.

O mesmo Silva Júnior destaca dois sentidos de fundamentação da fonte independente: no primeiro grupo de casos estariam aqueles em que a acusação tendo obtido provas legais e ilegais, faz uso exclusivo, no processo, das provas lícitas; o segundo grupo de casos trata daqueles em que a acusação utiliza-se de todas as provas em conjunto cuja obtenção se deu na investigação, requerendo, para isso, juízo de valoração hipotético sobre as provas que, substituindo a inválida, pudessem autorizar a mesma conclusão sobre a prática de infração penal⁵⁰³.

Como se pode perceber, a limitação da fonte independente tem por efeito legitimar uma condenação quando se puder sustentá-la nas provas não contaminadas evidenciadas no processo. Em primeiro lugar, é notório que a desvinculação do nexo causal, na falta de outro pressuposto objetivo é tão somente condicionada pelos impulsos do julgador que, uma vez já tendo tomado conhecimento do fato mediante a prova ilícita, poderá, com auxílio desta limitação, alicerçar a condenação num cotejo com as demais provas. Como já apontado para os casos de nulidade, além da retirada dos autos do ato nulo (ou da prova ilícita – incidente de desentranhamento) forçosa a substituição do julgador⁵⁰⁴.

A ausência de um requisito mais concreto para se determinar a autonomia da prova traz imensos prejuízos para o enfrentamento da questão. Demais disso, a Constituição da República trata da inadmissibilidade da prova ilícita, o que significa que a invalidade se dá não no momento da valoração probatória (como estaria possibilitando a exceção da fonte autônoma), mas no de seu ingresso. Com efeito, a adaptação brasileira para a doutrina desenvolvida pela Suprema Corte americana traz algumas incompatibilidades que a tornam imprópria para fundar suas raízes. Em primeiro lugar, a Constituição da República, como referido, veda o ingresso da prova ilícita. A análise judicial sobre a autonomia ou não da prova ilícita se dá em momento posterior, justamente na valoração em sede de sentença, o que seria por si só inconstitucional. Em segundo lugar é preciso ter cuidado com a articulação das limitações da Suprema Corte americana, posto que como mencionado, as *exclusionary rules* tem por pressuposto a preservação dos direitos fundamentais, que devem

⁵⁰³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 501.

⁵⁰⁴ Trata-se aqui do que Lopes Júnior chamou a atenção para a exceção de quebra da imparcialidade, que poderia ser intentada em casos os quais à evidência o julgador não resguarda determinado distanciamento. LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I.

servir como parâmetro avaliativo das funções policiais bem como a proteção contra a ação intrusiva às garantias elementares do investigado/acusado.

Em ambos os casos citados - Murray vs EUA e Segura vs EUA - não haveria a possibilidade de se fundamentar uma decisão alicerçada na fonte autônoma avistando-se problemas com o mandado judicial ou mesmo quando despido de autorização para ingresso no domicílio. Elevado ao nível de direito fundamental, fora das hipóteses previstas legalmente, a prova ilícita contaminará as subseqüentes. Saliente-se aqui um problema crucial para o direito processual penal brasileiro. Trata-se da questão relativa à inexistência de contaminação do processo frente à irregularidade cometida em sede de inquérito policial. É lugar comum doutrinário e jurisprudencial que a ação penal não é atingida por vício existente no inquérito policial. Assim, as informações obtidas no inquérito policial poderão ser utilizadas pela acusação, mesmo que o ato administrativo (como é o inquérito policial) esteja repleto de irregularidades. Desta forma, a ação penal poderia basear-se em ato irregular que problema algum afetaria o processo.

Todavia, como se daria em relação à prova ilícita? Evidentemente, se a denúncia se basear em prova ilícita, não há dúvida alguma de que estará contaminada por vício insanável. A uma, pela taxatividade da regra constitucional que impede o ingresso de prova obtida por meio inidôneo. A duas, porque se estaria criando um estímulo ao desrespeito aos direitos fundamentais em sede de *persecutio criminis extra iudicio*. Em realidade seria um mecanismo perfeito para se praticar uma burla de etiquetas sobre os princípios constitucionais. Sabe-se que o inquérito policial acompanha a denúncia e inclusive a jurisprudência e doutrina, em sua grande maioria, não questionam a regra insculpida no art. 155 do CPP⁵⁰⁵: o juiz poderá condenar o réu e fundamentar sua decisão tendo como sustentáculo o inquérito policial, embora não possa, evidentemente, condenar o réu exclusivamente tomando-se o inquérito. Na prática, trata-se do cotejo das informações do inquérito com as demais provas produzidas no processo. E se o juiz fundamenta, no que toca ao inquérito policial, a sentença em ato viciado? Este ato não poderia ser declarado nulo tendo-se em vista que o inquérito policial é mera peça informativa destinada ao

⁵⁰⁵ Evidentemente que o inquérito policial jamais poderia acompanhar a denúncia. As influências negativas causadas são incontáveis, bastando aqui mencionar a possível motivação do magistrado em ato não submetido ao contraditório bem como a leitura de depoimento do inquérito e pedidos de ratificação daquela narrativa em audiência. O que há de acusatório nisto tudo?

oferecimento da denúncia. Esta é a justificativa dada pelos magistrados e pretórios nacionais. Note-se que o juiz referenda uma condenação no inquérito, embora não possa ser alegada a sua nulidade. Como resultado, tem-se um ato que não pode ser controlado judicialmente, embora possa servir de motivação em sentença (embora não exclusivamente). O que garante que o magistrado não firmou sua convicção valendo-se da informação do inquérito, utilizando-se de alguns indícios do processo (prova precária e fraca)? A se manter esse estado de coisas fabrica-se uma oportunidade para se imunizar um ato do inquérito ao controle judicial, que futuramente servirá de arrimo condenatório. Nada mais avesso às diretrizes de um modelo acusatório⁵⁰⁶.

Para finalizar, a limitação da fonte autônoma encontra novo obstáculo nos momentos processuais distintos em se tratando do processo anglo-saxão e brasileiro. Como já salientado alhures, no processo penal anglo-saxão, a polícia exerce uma função de *fact finding*, sendo responsável pela colheita de provas (*discovery* ou *disclosure*). Para que o acusado seja submetido ao *jury*, é preciso que a acusação demonstre requisitos mínimos de admissibilidade da acusação. Neste momento preliminar, à acusação caberá toda a carga probatória, inclusive a de nominar e trazer ao processo as provas que pretende produzir futuramente. O juízo de ilicitude da prova se dá perante o juiz, garante do devido processo. Não causa surpresa alguma à defesa a utilização, posteriormente, de uma prova que apesar das alegações de ilicitude, seja considerada pelo juiz lícita. Haverá ainda o júri para a defesa rebater aquela prova.

No sistema brasileiro, a condenação em que existe o reconhecimento da fonte autônoma advém apenas na sentença, o que de regra impede o acusado de no mérito, rebater as informações trazidas por aquele meio de prova. Enquanto a admissão das provas no modelo da *common law* não exige o contraditório, no Brasil prova é justamente o meio de informação em que este princípio vigora. Jamais se poderia falar tecnicamente de prova ilícita nos casos em que no inquérito policial ocorra violação aos direitos fundamentais. Por serem meros indícios, servirão de embasamento à acusação, já se falando neste momento de nulidade derivada (denúncia baseada em informação obtida de forma ilícita). Neste sentido, com muito mais propriedade e firmeza há que se tutelar as provas derivadas das ilícitas no

⁵⁰⁶ A problemática das nulidades no inquérito policial será aprofundada no capítulo seguinte.

sistema processual brasileiro, pelo que resulta inconstitucional a limitação da prova independente (bem como as que se sucedem).

2.11.4 Limitação da Boa-Fé (*Good Faith Limitation*)

A limitação da boa-fé encontra respaldo nas decisões da Suprema Corte americana. Não foi objeto de introdução pela reforma do processo penal de 2008 e também não se encontram registros, até o presente momento, de decisões dos tribunais superiores tomando-se como base a aludida exceção. Em síntese, seria possível falar-se na limitação da boa-fé quando o sujeito, agindo por erro, acaba violando direito fundamental alheio, muito embora estivesse atuando de boa-fé. “Trata de situação em que o agente, em razão de erro de fato, finda malferindo, com o seu agir, um direito fundamental; todavia, em virtude de sua boa-fé, tem-se por afastada a ilegalidade”⁵⁰⁷.

Registra-se tal limitação no caso *US vs Leon*, de 1984. Teve-se por válida a prova obtida quando os agentes policiais atuaram não com a intenção de violação de direitos fundamentais, mas o seu agir estava amparado em boa-fé⁵⁰⁸. Como assevera Silva Júnior, “Naquele julgamento, os agentes policiais pediram ao juiz um mandado de busca de arma que estaria em poder de uma pessoa, porém, ao ser feita a diligência, ao contrário da coisa em razão da qual foi dada autorização, encontrou-se droga”⁵⁰⁹.

Também no caso *Arizona vs Evans* encontra-se semelhante fundamento para a limitação da boa-fé. Neste exemplo policiais diligenciam, a partir de informação errônea, à busca em automóvel, acreditando haver uma ordem de apreensão. No entanto, apesar da inexistência da ordem judicial, os policiais encontram a materialidade de um crime⁵¹⁰.

A admissão para esta prova está baseada exclusivamente em critérios de julgamento subjetivo da execução de uma diligência policial. Obviamente, um problema central para esta limitação reside na circunstância de que a violação aos direitos fundamentais não

⁵⁰⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 508.

⁵⁰⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 80.

⁵⁰⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 508.

⁵¹⁰ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 82.

admite uma espécie de convalidação fulcrada na prática de ato eivado em erro. As figuras dos vícios da vontade não podem servir de ferramentas de legitimação para a violação a garantias consagradas constitucionalmente. Havendo violação a direito fundamental, inexistente a possibilidade, no ordenamento processual penal brasileiro, de hipótese de sustentabilidade da prova em detrimento do respeito aos direitos fundamentais.

Entretanto, a Suprema Corte tem dado receptividade a esta limitação, pois além dos *leading cases* referidos encontram-se novas referências à boa-fé. Neste sentido adverte Silva Júnior que “tendo como parâmetro o que ficou consignado pela Suprema Corte nos julgamentos *US vs. Leon* e *US vs Krull, John Strong*, doutrina que, para a aplicação da exceção da boa-fé, faz-se mister que o procedimento adotado pela polícia seja objetivamente razoável, não se prestando, para tal fim, uma boa-fé subjetiva”⁵¹¹. É preciso uma vez mais salientar que a prova ilícita, nos EUA tem como finalidade precípua debelar os excessos cometidos pela polícia quando da colheita da prova. Tais abusos seriam purgados no momento em que o agente policial, por circunstância alheia, agisse por erro ou inclusive tentando cumprir as regras de atuação.

Não se admite esta limitação no sistema alemão assim como no brasileiro⁵¹², tendo-se em vista que a finalidade das regras que norteiam a inadmissibilidade da prova ilícita, como exaustivamente enfatizado, é diferente em um e outro sistema. Os direitos fundamentais, em síntese apertada, não podem legitimar uma violação a partir do exame de condições subjetivas como as examinadas pela Suprema Corte americana. Não se cogita de um exame psíquico sobre a ação do agente nem tampouco uma condição razoavelmente objetiva poderia determinar a licitude da prova. Aqui, não há como flexibilizar ou transigir em se tratando de direitos fundamentais.

2.11.5 Limitação da Descoberta Inevitável (*Inevitable Discovery*)

A limitação da descoberta inevitável traz mais uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada. No Brasil, é objeto de imensa polêmica. Isto porque a reforma do

⁵¹¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal*: teoria (constitucional) do processo penal. p. 509.

⁵¹² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal*: teoria (constitucional) do processo penal. p. 509-510.

processo penal de 2008 traz como exceção à prova ilícita por derivação a limitação da fonte autônoma (*independent source*). No entanto, o art.157, § 2º do CPP, ao tratar de definir o que seria prova independente acaba conceituando-a como aquela que por outros meios seria inevitavelmente descoberta. O ponto de intensa polêmica é o de saber se a reforma introduziu uma segunda limitação ou se tão somente a conceituação é problemática. A grande maioria da doutrina adverte sobre a recepção da limitação da descoberta inevitável pelo art. 157 § 2º do CPP.

A limitação da descoberta inevitável aparece no *leading case* Nix vs Williams de 1984, julgado pela Suprema Corte americana⁵¹³. Apoiada em um interrogatório ilegal, a polícia descobriu, mediante a confissão do investigado o local onde aquele havia enterrado o corpo da vítima. Como havia enterrado o corpo da vítima superficialmente, uma vez que se as condições climáticas mudassem e a neve derretesse o corpo da vítima inevitavelmente seria descoberto a prova foi validada. Em suma, este é o caso chave que conduziu a Suprema Corte a aceitar a confissão obtida ilegalmente e convalidá-la, purgando a ilegalidade da obtenção da prova.

Apesar da justificativa diversa, Roxin também desenvolve uma espécie de fundamento para a admissão da prova ilícita calcada na inevitabilidade de sua descoberta. De acordo com o pensamento de Roxin, “una prohibición de valoración probatoria no es improcedente cuando el medio de prueba hubiera sido obtenido, también, posiblemente, sin el vicio de procedimiento; antes bien, su obtención debe haber sido realizada muy probablemente en virtud de las investigaciones precedentes”⁵¹⁴.

A proximidade teórica com a limitação da fonte independente talvez explique, embora não justifique a confusão processada em nível legislativo com a limitação da descoberta inevitável. A *inevitable discovery* é ainda mais perigosa do que a limitação da *independent source* pelo fato de tornar ainda mais frágeis as amarras que condicionam a

⁵¹³ “No caso Nix v Williams (1984), a Suprema Corte Americana firmou a necessidade de demonstração da descoberta inevitável; ficou assentado ser da acusação o encargo de demonstrar, com fatos e circunstâncias concretas, a inevitabilidade da descoberta, e não por meio de conjecturas. No caso concreto, a polícia ouviu o suspeito quando este já tinha advogado e havia acordado para que não fosse ouvido. Nesse “interrogatório” ilegal, o suspeito confessou um homicídio e levou a polícia ao local onde havia enterrado o corpo da vítima. A Suprema Corte excluiu as declarações do acusado, mas aceitou a materialidade (achado do corpo), pois este, inevitavelmente, seria descoberto, pois estava enterrado na neve, superficialmente, em local onde, com o derretimento da neve, o corpo seria achado, diante das buscas que estavam sendo efetuadas”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 48.

⁵¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 193.

admissibilidade da prova⁵¹⁵. Enquanto na fonte autônoma é preciso que a prova seja efetivamente produzida, despida de relação com as consideradas ilícitas, a descoberta inevitável contenta-se com a mera presunção de probabilidade de colheita de uma prova. Aqui, bastaria a mera conjectura de realizabilidade da prova para que se pudesse admitir a prova ilícita⁵¹⁶. Como aponta Hairabedian, “la doctrina del descubrimiento inevitable debe ser usada con restricción para que no se convierta en un vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de registros y secuestros irrazonables”⁵¹⁷. É perceptível se tratar de uma perigosa arma a favor do eficientismo persecutório. De fato, que tipo de carga probatória seria exigível para se confirmar o juízo de inevitabilidade exigido para a admissão da prova?

Ao que parece a acusação, a par da aludida limitação, deveria oferecer prova de que estaria na iminência da posse de provas hábeis a suprir a prova ilícita. Por meio de indícios deve a acusação demonstrar que se chegaria àquela prova ilícita, cabendo arrolar e discriminar todas as evidências que permitiriam chegar-se à conclusão pela inevitabilidade. Não se pode admitir a limitação da descoberta inevitável quando a acusação não reunir evidências suficientemente fortes a sugerir a obtenção da prova de uma ou outra forma juridicamente idônea.

Para além do aspecto teórico a sustentar a limitação da descoberta inevitável, não parece ser, de acordo com a Constituição da República, uma exceção em acordo com o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita⁵¹⁸. A teoria da descoberta inevitável se assemelha ao problema enfrentado pela doutrina alemã nos denominados cursos de investigação hipotéticos, cuja aceitação é predominante⁵¹⁹. Em síntese, a prova ilicitamente

⁵¹⁵ AMAR, Akhil Reed. *The Constitution and Criminal Procedural: first principles*. London: New Haven: Yale University Press, 1997. p. 82.

⁵¹⁶ “Tal ocorre quando, sem embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita. Conquanto parecida com a tese da independent source, daquela se distingue devido à circunstância de não prescindir de produção probatória independente, senão de que o descobrimento inevitável seja hipoteticamente fatível”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 505.

⁵¹⁷ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 79.

⁵¹⁸ No mesmo sentido: “a inevitable discovery exception, fundada nas importantes decisões Brewer v. Williams de 1977 e Nix v. Williams de 1984, corresponde ao processo de investigação hipotético germânico e encontra fundamento em argumentos idênticos, parecendo-nos indefensável pelas razões atrás explanadas”. MORÃO, Helena. O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 16. n. 4., 2006. p. 613.

⁵¹⁹ LA opinión mayoritaria en Alemania ha aceptado entretanto, y en forma generalizada, la idea de la investigación hipotética en materia de pruebas. Por consiguiente, se debería aceptar la utilización de material

obtida estaria justificada em parâmetros equivalentes àqueles do direito penal ligados às condutas alternativas ao direito, capazes de afastar a tipicidade objetiva da conduta penal (problema de atribuição do risco).

O primeiro problema relacionado à exceção da descoberta inevitável diz respeito ao princípio da presunção da prova ilícita. Como adverte Silva Júnior, “não se coaduna com o princípio do *in dubio pro reo*, que dimana do direito fundamental da presunção da não-culpabilidade”⁵²⁰. O problema ainda é mais grave atentando-se para algumas decisões dimanadas do STJ que não apenas recepcionam de forma conturbada a referida exceção como inclusive vão além. Assim como na limitação da fonte independente, a prova ilícita não poderá ser reputada como prova principal ou nuclear. Reveste-se a prova independente e a descoberta inevitável de um caráter de subsidiariedade que permite não seja o processo anulado pela colheita da prova em desacordo com as regras de direito fundamental⁵²¹. Na descoberta inevitável, a prova que seria inevitavelmente trazida ao processo de forma regular não pode ser determinante. O que tem se evidenciado nos julgamentos do STJ é uma constante relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas à medida que se exige, para a anulação do processo, a existência plena de provas ilícitas. Em suma, os julgamentos em questão acabam deixando de anular o processo pela existência de provas ilícitas, tendo em vista a existência de outras provas adquiridas de forma regular. Parece óbvio que é difícil a hipótese de um processo estar repleto de provas ilícitas, a ponto de não escapar uma sequer desta produção irregular.

A distinção entre prova determinante ou principal e subsidiária é uma especificação de que fez uso o STJ, embora a própria Suprema Corte norte-americana não trace qualquer ponto de distinção entre o que seria uma prova nuclear e outra subsidiária. Desta maneira,

probatorio obtenido antijurídicamente en los supuestos en que ese material pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas”. JÄGER, Christian. *Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Proceso Penal*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2003. p.102-103.

⁵²⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 505.

⁵²¹ “Para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo ilícita a prova produzida, deve-se relevar essa irregularidade, e, assim, admitir a prova derivada, desde que a prova originária contaminada não seja decisiva ou então não seja a única. Note-se que o precedente do Superior Tribunal de Justiça vai além da forma como é concebida no sistema americano a cláusula do inevitable discovery, pois ali, para se admitir a exceção à exclusionary rule, exige-se que a prova originária angariada de forma ilícita não seja determinante, enquanto, no pronunciamento judicial em comento, para afastar essa regra, afirmou-se que basta, para tanto, não ser ela a decisiva ou a única”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 507.

inegavelmente se está indo inclusive além da limitação da descoberta inevitável. Além da reminiscência de provas lícitas no processo (o que para o STJ tem servido para exculpar a teoria dos frutos da árvore envenenada), dificultando a aplicação da ilicitude por derivação, o STJ traçou distinção entre prova principal e acessória, criando um obstáculo a mais a ser superado para a possível anulação do processo por afronta constitucional⁵²².

Como é notório tal estado da questão é absolutamente insustentável. Trata-se, como leciona Roxin, de uma violação ao princípio do estado de inocência. A vinculação da admissibilidade da prova ilícita a uma hipótese de futura obtenção da prova passa por cima principalmente da presunção de inocência. Como se sustentar que alguém ao mesmo tempo possa ser considerado inocente e ao mesmo tempo, resguardar-se pretensão acusatória embasada em hipótese de futura prova que sequer foi produzida? O que ocorre é uma subversão do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, que é afastado pela mera hipótese de provável colheita do material probatório.

Valora-se a prova ilícita – o que não é admitido – utilizando-se como exceção a justificativa de que a ilicitude poderia ter sido evitada. Eis aí o suporte da descoberta inevitável. Resulta inadmissível que se possa afastar uma ilicitude presente por uma licitude futura! O direito penal e o processo penal não podem operar a partir de meras hipóteses. Se no direito penal há o rechaço aos cursos causais hipotéticos como excludentes do nexo causal, da mesma forma, no processo penal, não se pode fechar os olhos para a ilicitude presente e concreta que seria afastada por uma licitude hipotética a ensejar o rompimento da causalidade da ilicitude. Seria como pensar numa espécie de excludente do curso causal de ilicitude montada sob uma forma hipotética. Seria possível até mesmo descrevê-la como um curso causal hipotético negativo de ilicitude⁵²³.

⁵²² “Se a cláusula do inevitable discovery, aplicada sob o argumento de que se deve ter como admissível a prova obtida de forma ilícita quando ela não é determinante para a condenação, possuindo, assim, apenas uma força subsidiária, é extremamente perigosa, o que não dizer alargá-la para afirmar que a exceção à exclusionary rule deve ocorrer sempre que se verificar a existência de outras provas que autorizam a condenação. Se assim for, praticamente não se aplicará a tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, pois, dificilmente, em um processo, há apenas as provas que foram angariadas ilicitamente, na medida em que o conjunto probatório, em seu todo, além delas, compreende as que são colhidas de forma lícita”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 507.

⁵²³ “Admitir una prueba indirecta, permite pasar por alto el principio *nemo tenetur*. Cuando alguien confiesa, como consecuencia del engaño que ha sido provocado por el Estado y su confesión no se usa en el proceso, sino que se usa al cómplice descubierto a través de ella para declarar su culpabilidad, la sentencia que se pronuncie sobre esta base es producto de una auto-incriminación obtenida a través de un medio prohibido. La

Assim sendo, não se pode aceitar como constitucional a referida exceção, pena de se afrontar as mais básicas garantias do acusado.

2.11.6 Limitação da Descontaminação (*Purged Tainted Limitation*)

A limitação da descontaminação (*purged tainted limitation*) prevê a exclusão da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada quando houver a ruptura do nexo de causalidade entre a prova ilícita e a nova prova.

A Suprema Corte americana acaba traçando os contornos da exceção em um *leading case* chamado *Wong Sun vs US*. Neste caso concreto, a polícia obtém a confissão ilícita do primeiro acusado, chegando à informação necessária para se efetuar a prisão do segundo envolvido, que se encontrava na posse de substância entorpecente. Este, por sua vez, delata um terceiro agente, o qual teria lhe repassado as drogas. A Suprema Corte nulifica a confissão do primeiro envolvido e a prisão do segundo. Todavia, não se reconheceu a nulidade das provas obtidas contra o terceiro⁵²⁴. Isto porque o terceiro confessou espontaneamente, confissão esta com a observação dos direitos fundamentais. Com isso houve o enfraquecimento do elo de ilicitude entre a confissão e a prisão, de modo a dissipar o veneno (*purged tainted*)⁵²⁵.

Assim como a prova autônoma, a limitação da descontaminação se aplica a casos os quais seja possível a verificação de uma descontinuidade entre uma prova originariamente obtida de forma ilícita e outra cuja colheita não tenha sido realizada em desconformidade com as regras de sua produção ou mesmo com violação a direitos fundamentais do acusado. No caso *Wong Sun vs EUA* verifica-se uma linha causal que torna transmissível o vício da primeira prova até a última consistente na confissão do acusado. Entretanto, esta última confissão, mesmo que se tenha chegado ao nome do envolvido mediante provas ilícitas será mantida quando sustentável por si mesma. Com isso permite-se reconhecer certa autonomia

tesis de que su uso sería necesario para una lucha eficaz contra la delincuencia es insostenible; pues, de este modo, podría llegar a desaparecer el mencionado principio del *nemo-tenetur*. Y tampoco la posibilidad teórica de obtener una prueba de otra manera puede impedir que no pueda ser utilizada en el proceso; porque esta casi siempre existe, haría obsoleta la protección de la prohibición de valorarla procesalmente". ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tyrant lo Blanch, 2000. p. 134-135.

⁵²⁴ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 86.

⁵²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 44.

da prova, cuja obediência aos cânones legais e constitucionais afastaria a incidência de irregularidade hábil a lhe macular a validade.

Para que se possa falar na limitação da descontaminação é preciso reconhecer-se a existência de alguns pressupostos ou requisitos⁵²⁶, de acordo com o exposto por Hairabedian.

O primeiro requisito para a consolidação da limitação da descontaminação é a seqüência temporal. Há que se ter uma espécie de lapso de tempo prolongado entre a ilegalidade primária e a prova a ser descontaminada, de molde que se possa, então cogitar do afastamento da prova ilícita por derivação. De acordo com Silva Júnior, “diante da falta de imediatidade, a prova posterior não é considerada contaminada pelo vício embutido em ato antecedente do qual mantém relação de derivação, o que faz com que ocorra a atenuação, diluição ou eliminação da ilicitude primária”⁵²⁷.

Uma segunda condição se faz igual e cumulativamente necessária. Trata-se do que a doutrina da Suprema Corte americana vem a reconhecer como circunstância de interferência. Neste segundo requisito o objeto de análise é a quantidade e a natureza dos fatores lícitos que se relacionam entre a ilicitude originária e a última prova que devem ser levados em conta. Os mecanismos de licitude que se desencadeiam a partir da primeira prova ilícita e as demais que se seguem são instrumento de interpretação da extensão da contaminação. Se houver a consolidação de provas subseqüentes realizadas e colhidas de forma lícita, a própria transmissão da ilicitude poderá ser barrada.

Da mesma forma, uma terceira categoria se faz imprescindível à cristalização da limitação da descontaminação. Cuida-se da relevância da ilicitude originária. Mediante esta circunstância atenta-se para o propósito e a intensidade da primeira ilegalidade, concluindo-se pela sua relevância para se avaliar a transmissão da ilicitude subseqüente. Aqui, uma prova ilícita subsidiária não teria o condão de tornar inválida uma prova subseqüente absolutamente central.

Finalmente, o último requisito a ser investigado quando da arguição da limitação da descontaminação é o próprio consentimento do acusado, como no caso Wong Sun. Em

⁵²⁶ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 87-88.

⁵²⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 512.

casos os quais o acusado decide cooperar, mediante decisão livremente consentida, há a quebra dos elos da ilicitude. Seria uma forma de se purgar a ilicitude da prova originária e sua transmissão recorrendo-se ao consentimento do acusado. Esta orientação também se verifica no caso *EUA vs Ceccolini*, cuja prova ilícita fora descontaminada tendo-se em vista confissão do acusado em plena consonância com suas garantias fundamentais⁵²⁸. Giacomolli também elenca uma série de *cases* os quais a prova ilícita fora purgada: *Brown vs Illinois* (1975)⁵²⁹, *Oregon vs Elstadt* (1985)⁵³⁰, *Rawlings vs Kentucky* (1980)⁵³¹, *US vs Patane* (2004)⁵³², *Missouri vs Seibert* (2004)⁵³³.

De acordo com a reforma do processo penal de 2008, o Brasil não adotou expressamente a exceção da descontaminação, apesar de algum setor da doutrina pensar positivamente⁵³⁴. Também não se registram decisões dos tribunais superiores, até o presente momento, cuidando desta espécie de exceção.

⁵²⁸ “Também no caso *Us v Ceccolini*, um policial, na hora de seu intervalo, ingressou numa loja e, sem que sua conhecida, que trabalhava no local, percebesse, inspecionou um envelope, encontrando documentos incriminatórios de um terceiro. O policial comunicou tal fato a seus superiores, que ouviram a funcionária da loja. Considerou-se que o depoimento, ato livre e independente, sem referência à descoberta do policial, atenuou o vínculo com a ilicitude inicial”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 45.

⁵²⁹ “O acusado foi detido ilegalmente e informado de seu direito ao silêncio, mas acabou confessando, em duas oportunidades (90 min depois de sua detenção e 7 horas após), enquanto estava detido. A Suprema Corte Americana afastou a alegação do Ministério Público de que a confissão havia rompido o nexos causal”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 45.

⁵³⁰ “*Elstadt* foi detido ilegalmente em sua casa, mas não foi informado de seus direitos de permanecer em silêncio. Acabou confessando. Depois disso, o detido foi informado de seus direitos e voltou a confessar. A prova foi admitida”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 45.

⁵³¹ “*Rawlings* foi detido em uma casa, ilegalmente, enquanto a polícia providenciava o mandado judicial. Ao ser detido, foi informado de seus direitos e confessou o delito, além de terem sido encontradas provas do crime. A Suprema Corte, utilizando os critérios de ausência de má-fé, da voluntariedade da confissão, decidiu não ser esta um resultado direto da detenção”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 45.

⁵³² “Dois policiais foram até a casa de *Patane* para cumprir um mandado judicial que o proibia de molestar sua ex-noiva. Quando um dos policiais iniciou a informar-lhe acerca de seus direitos, *Patane* disse conhecê-los e, então, o policial parou de informar-lhe. *Patane* confessou possuir uma arma, a qual foi apreendida e utilizada contra ele. A Suprema Corte não considerou as declarações de *Patane*, contra ele, mas admitiu a prova material contra ele”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 45.

⁵³³ “A Suprema Corte proibiu a utilização da confissão do suspeito em que foi ouvido sem as advertências legais (silêncio) e, poucos minutos depois foi advertido e confessou novamente, sob a alegação de falta de efetividade das advertências”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 45.

⁵³⁴ “Há ainda, o fenômeno da limitação da contaminação expurgada (“*purged tainted limitation*”), também conhecido como limitação de conexão atenuada (“*attenuated connection limitation*”), que, igualmente, permite o uso da prova mesmo que esta, na sua origem remota, tenha decorrido de uma prova viciada. Trata-se, enfim, da hipótese em que, apesar de já estar contaminado um determinado meio de prova

Efetivamente, não há como o sistema de inadmissibilidade da prova ilícita consolidado constitucionalmente recepcionar a presente limitação. Isto porque a ilicitude de uma prova, que fere direitos fundamentais não pode ser elidida pela manifestação de consentimento do acusado⁵³⁵. Ou seja, os direitos fundamentais servem de instrumento de proteção inclusive contra a ação do próprio processado que deseja fazer prova contra si mesmo. A superveniência de um consentimento relativo à admissão de prova ilícita caracterizaria o devido processo legal e seus corolários como direitos disponíveis do acusado, o que é inverossímil atentando-se para a Constituição da República.

Demais disso, cabe referir que no sistema processual penal brasileiro não se pode cogitar de o consentimento do réu servir como excludente de ilicitude de prova colacionada aos autos. A indisponibilidade da ampla defesa está a vedar possa o consentimento ter a mesma repercussão do que a de um processo cível, no qual os interesses de regra são disponíveis. Desta maneira, não há como afirmar uma recepção desta limitação pelo sistema processual penal brasileiro, cuja inadmissibilidade da prova rege-se por outros fundamentos que não aqueles inerentes ao direito processual penal anglo-saxão.

2.11.7 Limitação da Destruição da Mentira do Acusado

A próxima limitação aparece pela primeira vez em um caso julgado pela Suprema Corte americana que se deu no caso *Walder vs EUA*⁵³⁶. Neste caso, o acusado sofreu busca e apreensão em sua residência, onde fora encontrada substância entorpecente. A busca foi

em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento posterior expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, então, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada”. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. p. 406.

⁵³⁵ Em que pese o posicionamento contrário de Urbano Castrillo: “incuestionablemente, el posible efecto sanatorio de la confesión del acusado siempre que se practique con todas las garantías, constituye el criterio-estrella en esta materia”. URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *Criterios Dominantes Sobre Desconexión de la Antijuridicidad: en especial, la confesión del acusado*. In *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. a. VI. n. 58., 2009. p. 22. No mesmo sentido GÖSSEL, Karl Heinz. *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 2. n. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 440.

⁵³⁶ “A prova obtida sem a observância das formalidades estabelecidas, e por isso mesmo, ilícita, embora não seja idônea para provar a culpabilidade do acusado, pode ser valorada no sentido de demonstrar que o autor de fato criminoso está mentindo. O leading case dessa tese se deu no julgamento do caso *Walder v. US*, verificado no ano de 1954, em que o acusado (*Walder*), ao ser perguntado, em seu interrogatório, se já tinha tido, anteriormente ao fato objeto de julgamento, droga sob sua posse, respondeu negativamente, o que não era verdade, pois, tempos atrás, em uma operação considerada ilícita, a polícia havia apreendido, em sua casa, uma determinada quantidade de heroína”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 520.

considerada ilícita e a prova não pode ser aproveitada processualmente. No entanto, quando de seu interrogatório, o magistrado responsável pelo caso inquiriu o réu se alguma vez já havia sido apreendida droga em seu poder. O acusado respondeu negativamente. A esta resposta negativa, apesar de a apreensão não se prestar para fins de condenação, o juiz afirmou que o acusado estava mentindo. A prova ilícita assim foi utilizada acessoriamente para infirmar a versão do acusado⁵³⁷.

A limitação da destruição da mentira do acusado também reaparece no caso *EUA vs Harris*⁵³⁸. Em caso submetido à apreciação da Suprema Corte americana, o magistrado advertiu os jurados de que apesar de determinadas provas não poderem ser levadas em consideração para fins de análise da culpabilidade do acusado, elas poderiam, sim, ser analisadas para fins de confrontação entre o alegado na polícia e em juízo. A confissão ilícita serviu para se confrontar as alegações trazidas pelo acusado agora na fase processual. Esta decisão consiste em algo decerto inaceitável para o processo penal brasileiro. As provas ilícitas devem ser excluídas dos autos, mediante o incidente de desentranhamento das provas consideradas ilícitas. Todavia, ao menos tem o mérito de expor como é insuficiente retirar-se as provas e manter-se o mesmo juiz. Os casos *EUA vs Harris* e *Walder vs EUA* demonstram como o magistrado age impulsionado pela informação obtida ilicitamente e, dando credibilidade àquela prova ilícita, a utiliza para fins espúrios de infirmação do alegado pelo acusado.

É evidente que o fato de a prova ilícita não ser utilizada como argumento de mérito não implica que ela deixe de motivar o órgão jurisdicional. Ademais, a prova ilícita utilizada para se afastar as alegações do acusado acaba trazendo uma espécie de ultratividade no que diz respeito aos seus efeitos. Apesar da declaração de sua ilicitude, acaba repercutindo para efeito de exclusão da prova produzida pela parte antagonista, minando o próprio contraditório, uma vez que se não pode contradizer aquilo que é ilícito.

⁵³⁷ “A tenor de ésta, la acusación puede aportar al juicio materiales probatorios inconstitucionalmente obtenidos a los solos efectos de poner en duda la veracidad de las afirmaciones del acusado en su confesión en juicio”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la exclusionary rule en EE UU*. In *Revista de Derecho y Proceso Penal*. n.20. 2008. p. 25.

⁵³⁸ “O juiz, a despeito de o agente ter feito declarações à polícia sem que lhe tivessem sido apresentados os *Miranda-warnings*, orientou os jurados para que eles as considerassem apenas para confrontá-las com a versão apresentada em juízo pelo acusado, não como prova de culpabilidade, entendimento que foi confirmado pela Suprema Corte americana”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 520.

Obviamente, não se pode cogitar de sua aplicação no Brasil, por força das regras constitucionais que impedem a manutenção da prova ilícita no processo assim como a produção de efeitos atribuíveis à prova ilícita. Todavia, analisando-se os casos julgados pela Suprema Corte americana, há inegável contributo para deixar-se de lado a ingenuidade na crença de que o julgador é capaz de expulsar de suas convicções aquelas informações obtidas ilicitamente. Tanto a manutenção da prova ilícita nos autos quanto a do mesmo julgador caracterizam infrações ao direito de o réu ser julgado por órgão imparcial, já que o princípio tutelado deve ser a erradicação dos efeitos de prova reputada ilícita.

2.11.8 Limitação da Teoria do Risco

A limitação da teoria do risco diz respeito à possibilidade de utilização de prova que em algum momento tenha violado o direito à intimidade ou à privacidade do acusado. Assim sendo, o acusado que tenha referido a sua participação ou a prática de determinados delitos corre o risco desta pessoa ter documentado a declaração. Neste caso, a aludida documentação elide a hipótese de arguição de violação aos direitos personalíssimos⁵³⁹. Apesar da vedação - como regra geral - de filmagens e gravações clandestinas como produto de atividade de investigação do Estado, a forma de obtenção da informação poderá ser reputada válida se utilizada por equipamentos de segurança como os que se encontram em agências bancárias, supermercados, estacionamentos, estabelecimentos comerciais, etc⁵⁴⁰.

Da mesma forma, inúmeras decisões de variadas cortes norte-americanas têm sistematicamente invalidado a prova quando colhidas pelos meios de comunicação, em que

⁵³⁹ De acordo com esta limitação se procura “dar sustentação à validade de prova obtida mediante malferição ao direito à intimidade, com a utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas. O argumento é de que a pessoa que faz, espontaneamente, revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, assume o risco quanto à documentação do fato por outrem”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 522.

⁵⁴⁰ “A teoria do risco, porém, pode ser invocada em relação às filmagens que são feitas como forma de segurança, e não de investigação, como são os casos de câmeras instaladas em estabelecimentos bancários, supermercados e outros locais, até mesmo em casas residenciais ou quando, fortuitamente, um cinegrafista amador ou profissional flagra alguém na prática de crime em via pública”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 523.

constituem exemplos os casos *Dietmann vs Time Inc* e *Food Lion Inc. vs Capital Cities/ABC Inc*⁵⁴¹.

2.11.9 Limitação da *Plain View Doctrine* ou Teoria dos Campos Abertos

A limitação da teoria dos campos abertos (*plain view doctrine*) trata de casos em que existe uma busca e apreensão realizada em local acobertado pela proteção da inviolabilidade do domicílio. Nos dizeres de Silva Júnior, “a *plain view doctrine* (doutrina da visão aberta), que se reporta, especificamente, às buscas e apreensões realizadas em local protegido pela cláusula constitucional que veda a invasão de domicílio sem ordem judicial”⁵⁴².

Em suma, a limitação da teoria dos campos abertos trata basicamente da possibilidade de o agente apreender elementos de convicção que se encontram em poder do investigado quando tais coisas se encontram à vista do agente policial que realiza a diligência. Desta forma, a omissão do mandado de busca e apreensão quanto ao objeto da busca encontrado à vista pelo agente policial é suplantada por esta limitação, que trata de validar a apreensão do objeto pela autoridade⁵⁴³. O *leading case* nesta limitação é o caso *US vs Carty*, em que houve a apreensão de arma de fogo equipada com silenciador encontrada no domicílio do acusado, muito embora o mandado não fizesse menção à ela. Pela aplicação da doutrina dos campos abertos, esta omissão do mandado foi suprida pelo objeto apreendido se encontrar à mostra da autoridade, sendo, portanto, considerada legítima⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Casos *Dietmann vs Time Inc*; *Food Lion Inc. vs Capital Cities/ABC Inc*; *Copeland vs Hubbard Broadcasting Inc*. Nestes casos a prova foi considerada ilícita pela sua realização se dar por meios de comunicação. Paralelamente, quando as violações à intimidade foram realizadas pela polícia, há precedentes no sentido de sua permissão como prova. São os casos: *On Lee vs US*; *Hoffa vs US*; *US vs White*. HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 112.

⁵⁴² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 523.

⁵⁴³ Cuida-se de “uma forma de tornar, com base no princípio da razoabilidade, legítima a apreensão de elementos probatórios do fato investigado ou mesmo de outro crime, quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da realização da diligência, o objeto ou documento é encontrado por se encontrar à plena vista do agente policial”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 523-524.

⁵⁴⁴ “La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha admitido la validez de las probanzas adquiridas durante un allanamiento, aunque los efectos no estén enumerados en la orden judicial respectiva, cuando en oportunidad de su ejecución el funcionario tropieza por accidente con pruebas de un delito, o

Algumas exceções são colocadas quanto à aplicação da doutrina dos campos abertos. A primeira delas reside na circunstância de não se aplicar a *plain view doctrine* quando o agente policial já executou o objeto do mandado e a prova surge após a consumação daquele objeto. Num segundo momento, torna-se objetável a referida limitação no momento em que o agente policial revista lugares nos quais o objeto do mandado jamais poderia se encontrar⁵⁴⁵.

Evidentemente, esta limitação não é contemplada pelo sistema constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas brasileiro. Em primeiro lugar, porque a ausência de finalidade específica do mandado judicial que permite o ingresso no domicílio do acusado torna a busca nula. Em segundo, porque aqui a doutrina brasileira tem-se valido do que se chama de “conhecimentos fortuitos”. Em breve síntese, que aqui não cabe explorar, por conhecimentos fortuitos devem ser entendidas aquelas circunstâncias as quais, na investigação de um crime acaba se descobrindo outro. No caso de cumprimento de uma ordem judicial, a finalidade, o objeto da busca bem como o sujeito contra quem é procedida a diligência devem ser o mais fielmente determinados possíveis. A doutrina e jurisprudência em sua maioria admitem a apreensão de objetos relativos a outro crime desde que se trate de delito permanente, o que caracterizaria a um só tempo a flagrância do delito bem como uma exceção à inviolabilidade do domicílio, constitucionalmente assegurada.

2.11.10 A Renúncia do Acusado

A última limitação à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada é a renúncia do acusado. A Suprema Corte tem admitido essa doutrina quando o consentimento do interessado é dado de forma livre, expressa, clara. “Especialmente no direito norte-americano, discute-se o que é colocado no lixo não é uma forma de renúncia ao direito à

donde las encuentra a simple vista, ya que en tal caso no necesita desviar la mirada e ignorar lo que evidentemente tiene frente a él”. HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. p. 117.

⁵⁴⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 524.

intimidade ou, ao contrário, permanece como extensão da intimidade”⁵⁴⁶. Fora essa hipótese, o que foi comentado na análise da limitação da descontaminação vale para a renúncia do acusado, pelo que se faz a remissão a fim de se evitar tautologia.

2.12 Prova Ilícita: golpe de cena e eficientismo na persecução penal

Como foi possível constatar mediante um primeiro recorte, o princípio da proporcionalidade vem ganhando cada vez mais espaço como força motriz capaz de relativizar a eficácia das garantias do acusado. Esta projeção pode perfeitamente ser verificada no plano epistemológico do processo penal, no qual cada vez mais se restringem as vedações probatórias em nome de um “não à impunidade”.

Estas limitações à prova ilícita por derivação (que outra coisa não é do que a aplicação do princípio da causalidade em matéria de nulidades) são coerentes com um significativo incremento do repressivismo em matéria penal nos EUA. A sua importação mediante a inserção de ao menos duas exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, que tão somente consagrou o entendimento dos tribunais superiores que já aplicavam as limitações no mesmo molde da Suprema Corte americana, merece uma reflexão a partir da instrumentalidade constitucional do processo penal.

É perceptível que a ampliação dos espaços de restrição às provas consideradas ilícitas é uma consequência inafastável do modelo reformista que procura burlar as garantias constitucionais. Em primeiro lugar, não é difícil imaginar que o âmbito protetivo da IV Emenda norte-americana, ao proteger a privacidade e intimidade incide sob diversos aspectos no processo penal brasileiro. Daí por que ao início do tópico se falava em uma natureza dúplice da proteção constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. Nas palavras de Vigoriti como é dito, a jurisprudência e a doutrina americana fazem derivar diretamente da IV Emenda uma proibição de utilização em juízo dos elementos de *real evidence* obtidos de forma ilícita⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. p. 526.

⁵⁴⁷ VIGORITI, Vincenzo. *Prove Illecite e Costituzione*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xxiii. Padova, 1968. p. 65.

A vedação constitucional do ingresso no processo penal de prova obtida de forma inidônea atinge não apenas os direitos fundamentais à intimidade e privacidade. Incide, de igual forma sobre o devido processo penal, também consagrado constitucionalmente que se dirige, sobretudo, ao juiz competente para julgar a causa. Daí por que não se pode contentar-se com a solução dada pela reforma processual penal de 2008, que inoportunamente mantém o magistrado que tomou contato com a informação espúria, embora inovasse no ponto em que determina o desentranhamento da prova contaminada.

Uma segunda e não menos importante diferença essencial reside na circunstância de que a proibição da prova ilícita dirige-se diretamente ao órgão incumbido da investigação. Nesta senda a proteção da vedação da prova ilícita e suas derivadas não se aplica quando a prova ilícita é trazida aos autos por particular (no processo civil norte-americano dificilmente se encontraria uma decisão de ilicitude da prova em um litígio entre particulares)⁵⁴⁸. Pela leitura da Carta Magna, não existe esta restrição da aplicação da inadmissibilidade das provas ilícitas ao âmbito do processo penal. Pelo contrário, aplicam-se diretamente à seara cível, uma vez que o Estado não pode garantir o devido processo com a admissão de prova substancialmente nula. A natureza dúplice das normas relativas à proibição de admissão da prova ilícita não se resume àquela faceta de proteção de apenas direitos fundamentais, permitindo-se o ingresso da prova quando particular a traga ao processo. No sentido processual, a norma de vedação direciona-se novamente ao Estado, pois o acusado poderá exigir a retirada dos autos da prova ilícita, justamente com base no devido processo penal. A vedação da utilização das provas ilícitas incide sobre os meios de prova colhidos bem como ao procedimento de sua colheita. As exceções trazidas pelo direito processual penal norte-americano estão a incidir sobre uma matéria de direito, preservada na IV Emenda⁵⁴⁹. Daí por que se afigura assimétrica a proteção contra a prova ilícita no sistema adversarial norte-americano e no modelo brasileiro⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Para Vigoriti o ordenamento americano exclui a utilização dos elementos de *real evidence* obtidos de modo ilegítimo somente quando o ilícito seja cometido por um oficial público e as provas sejam destinadas a valer em um processo penal estadual ou federal, enquanto a proibição não se aplica salvos raras exceções quando o autor do ilícito seja um cidadão particular; no processo civil, ao invés, a prova ilegitimamente encontrada em qualquer oferecimento vem sempre considerada admissível. VIGORITI, Vincenzo. *Prove Illecite e Costituzione*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xxiii. p. 69.

⁵⁴⁹ “La cuestión de la ilicitud de la prueba atiende a cómo se ha obtenido la fuente que pretende aportarse al proceso por alguno de los medios. Si la prueba se ha obtenido de modo ilícito se estará ante la aplicación del art. 11.1 LOPJ, según el cual ‘no surtirán efecto en juicio las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales’”. AROCA, Juan Montero; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis;

As vedações à prova e suas permissões constituem uma tensão que remonta àquela esfera de opção política entre um sistema inquisitorial e acusatório. Como aponta Roxin, “todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”⁵⁵¹. Aqui, as opções políticas como a operação “mani puliti” permitem desvelar o grau de eficientismo⁵⁵² perseguido pelo sistema. Esta face revela-se como uma espécie de expansão das limitações⁵⁵³ que toma conta não apenas do processo penal brasileiro, mas se globaliza, como no caso da decisão STC 81/1998⁵⁵⁴ na Espanha.

MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. 14 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 306.

⁵⁵⁰ Giacomolli chama a atenção para a incompatibilidade entre o sistema processual penal brasileiro e as limitações incorporadas do sistema adversarial norte-americano: “Essas regras excludentes da ilicitude da prova, incorporadas pelo legislador de 2008, servirão de canais à contaminação de um processo penal republicano, ético, com todas as garantias legais. Esses dois princípios para resolver a questão da prova ilícita por derivação, adotados, mesmo em caráter não absoluto pelo *adversarial system* norte-americano, são incompatíveis com a problemática processual brasileira. No adversarial system a regra é a atuação perante os jurados. Ademais, o Ministério Público, diretor da polícia, assume a investigação e é o acusador único. Também, o processo penal se desenvolve sob vários princípios e garantias diferenciadas do processo penal continental-europeu. Mediante juízos hipotéticos e presunções, estão sendo criados canais de contaminação no interior do processo”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. p. 49.

⁵⁵¹ ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. p. 121.

⁵⁵² Sobre o processo penal na Itália esclarece Tranchina que se trata de um processo que terminou por abandonar a própria característica de neutralidade e de indiferença a respeito da realização de determinados resultados para assumir um papel de ‘eficientismo’ a ele normalmente estranho. TRANCHINA, Giovanni. *Processo Penale e Società*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxix. n. 1. p. 39.

⁵⁵³ “Frente a la opinión inicial de que era inadmisibile todo lo obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos policiales ilícitos, se ha cedido otorgando eficacia a la fuente de prueba por la concurrencia de alguno de estos tres criterios: a) de buena fé o de descubrimiento inevitables, entendiéndose por tales los que previsiblemente se harían descubierto em todo caso, aún sin la fuente obtenida ilícitamente (por ejemplo, la desarticulación de una banda de traficantes de droga, controlada ya por la policía, deteniéndose a los jefes de la misma, siendo que la citada detención se consiguió mediante la información derivada de unas escuchas telefónicas ilícitas); b) cuando se da la teoría sobre la fuente independiente (no existe nexo causal); y c) incluso cuando concurre la teoría del nexo causal atenuado (que existe nexo entre la procedencia de las pruebas, pero la marcha o Saint se encuentra atenuada por diferentes razones ya objetivadas por el TS federal). Especialmente destacables, son, a este respecto, la STS de 4 marzo de 1997 (RA 2215, Fj 2), que hace referencia a la teoría de la fuente independiente; la STS de 26 mayo de 1997, que recoge el supuesto del hallazgo inevitable; y la STS de 21 de enero de 1997 (RA 109), que se refiere al nexo causal atenuado, sin olvidar la más significativa por constituir el punto de inflexión en la evolución de la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitas, que es la STC 81/98, 2 abril”. AROCA, Juan Montero; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. p. 309.

⁵⁵⁴ “En suma, para determinar si una prueba directa o refleja puede ser constitucionalmente legítima habrá que tener en cuenta la existencia o no de una conexión de antijuridicidad entre la prueba directa y la indirecta. Para ello ha sido significativa la STC 81/1998 que entiende que habrá de analizarse la índole y características de la vulneración del derecho afectado por la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; y

As constantes reformas maximizam um primado da desformalização material do processo penal. A transformação da eficiência num conceito jurídico-valorativo permitiu um avanço rumo à aludida desformalização⁵⁵⁵. Se os princípios em matéria de nulidade permitiram uma economia das formas solidária à gestão da ilegalidade, com as limitações à inadmissibilidade da prova ilícita a justificativa para a ilegalidade é aperfeiçoada, não raro tendo como fundamento a própria Constituição da República. Como destaca Conso é justamente no processo penal que devem se encontrar as espécies mais aperfeiçoadas de proteção contra os atos imperfeitos: e isto se explicaria pelo fato de no processo a exigência de economia e de celeridade se fazerem sentir de maneira particularmente intensa, a ponto de que é no campo do direito processual que se encontram as mais extensas exceções ao princípio da irrelevância dos atos imperfeitos⁵⁵⁶.

A atual expansão das limitações à inadmissibilidade da prova ilícita opera a partir da necessidade e busca da verdade substancial a qualquer preço, também fundada a partir do efficientismo⁵⁵⁷. O domínio contemporâneo das nulidades relativas em detrimento das absolutas é o ponto em que se deseja chegar com as possibilidades teóricas de se valer a acusação de provas ilícitas. Como aponta Carvalho, “o efeito é a gradual e constante

asimismo deberán considerarse las necesidades esenciales de tutela que la realidad y la efectividad del derecho exige. Con ello se introduce un criterio generalista, un juicio de ponderación no objetivizado, que crea inseguridad jurídica pues resuelve ad hoc caso por caso y hace depender del resultado obtenido tras la violación de las garantías procesales exigibles en la restricción de un derecho fundamental, la consideración de otro derecho fundamental, como es el proceso celebrado con todas las garantías, que queda condicionado por el resultado negativo producido por el comportamiento antijurídico de la policía o de los jueces, menguándose, a la postre, el alcance del derecho a un proceso con todas las garantías”. AROCA, Juan Montero; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. p. 309.

⁵⁵⁵ El efficientismo no es, en esta perspectiva, otra cosa que la transformación del hecho de la eficiencia – represiva y punitiva – en un principio y en un valor jurídicos fundamentales – que no simplemente mediales –, como resultado del esfuerzo autorreferencial del Estado por producirse a sí mismo como soberano, a través del derecho, a la manera de una profecía autocumplida, así como del esfuerzo correspondiente del derecho – “soberano – por producir sus condiciones empíricas y sus presupuestos de vigencia, del Estado. OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. p. 41.

⁵⁵⁶ CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D’Invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*. p. 26.

⁵⁵⁷ “En efecto, la represión más eficiente es, sin duda, la represión preventiva, vale decir, aquella que neutraliza los riesgos antes de que hayan madurado, antes que se hayan convertido en peligros patentes e inminentes, o en hechos dañosos; aquella que criminaliza e investiga en secreto y anticipadamente y asumiendo como marginal el costo enorme que representa para los derechos fundamentales individuales un incremento acentuado del círculo de los sospechosos – destinatario de la norma, mediante la aplicación de los llamados tipos difusos y de peligro, en forma tal que produce en contravía de la división de poderes una aproximación, sino una confusión entre la función punitiva y la función de policía, en un horizonte de control social punitivo proclive al panoptismo”. OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. p. 44.

flexibilização das regras formais que regulam o jogo processual, transformando-se as nulidades absolutas em relativas, as relativas em atos meramente irregulares e estes incorporados na normalidade das práticas forenses”⁵⁵⁸. Na doutrina alemã, chega-se a classificar determinadas violações à vedação das provas ilícitas como “quase-violações”, tendo por finalidade a mesma sistemática de aproveitamento de ato processuais irregulares, que se verificam nas nulidades relativas e também nas limitações à prova ilícita por derivação, anteriormente tratadas⁵⁵⁹.

Como aponta Germano Marques da Silva, a recusa da prova ilícita se encontra fulcrada principalmente “em nome da exigência constitucional de reserva de lei”⁵⁶⁰. Desta forma, não se pode compactuar com exceções e limitações ao próprio princípio que inaugura não apenas a modernidade penal, senão mesmo permite a estruturação dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Alguns autores, inclusive, incorrem no crasso erro de compreender o fenómeno, principiológico por sinal, da eficiência, como um apêndice das garantias processuais, que justificariam a atuação estatal. Desta maneira, transporta-se o princípio da eficiência ao plano do processo penal, exigindo-se, em nome daquela verdade encravada em algum lugar passado, as mais grosseiras e violentas relativizações dos direitos mais elementares. Neste sentido basta veicular-se a difícil e árdua tarefa de limitar as informações colhidas, mesmo em se tratando de crimes de certa gravidade, com a proibição da admissão da prova ilícita. Como parece sugerir Oliveira, nada justificaria fossem as informações colhidas ilicitamente, utilizadas, tendo-se em vista qualquer argumento ad hoc para sinalizar com a sua admissibilidade. Isso se deve ao fato de que “parece-nos tarefa das mais difíceis a de se desenvolver qualquer argumento que justifique a proibição de utilização da gravação quando limitada exclusivamente às informações criminosas, seja em relação ao crime principal, objeto das investigações, seja em relação a outro crime qualquer, incluindo aqueles praticados por terceiros, não-

⁵⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. p. 77.

⁵⁵⁹ “Esta distinción entre una “cuasi-violación” e una “violación completa” es difícilmente realizable na le práctica. También es difícil de fundamentar por qué en un “cuasi-violación”, que incluso no debería existir, en casos menos graves y fácilmente aclarables debe aceptarse, no obstante una prohibición de utilización. Todas estas consideraciones metodológicamente problemáticas quedan en línea de la jurisprudencia más reciente; soluciones claras, y la seguridad jurídica ligada con ellas, deben a favor de una ponderación discrecional del juez abierta a muchas posibilidades. Esto no es bueno”. ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. p. 188.

⁵⁶⁰ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal II*. Lisboa: Verbo, 1999. p. 205.

investigados”⁵⁶¹. Tomando-se por base novamente una ponderação de intereses, parece sedutora tal proposta⁵⁶². Todavía, o preço a se pagar é a fragmentação dos direitos fundamentais, que se tornam suscetíveis de ser objeto de interpretação entre o custo e o benefício, bem ao gosto dos teóricos de Mont Pelèrin. Aquí parecen acertadas as palavras de Boschi, para quem “nossa inconformidade é, data vênia, com o equívoco na compreensão de que o princípio da proporcionalidade pode ser invocado como fonte para a relativização da proibição constitucional, quando se sabe que o citado princípio, como registrado no início deste ensaio, emana do devido processo legal”⁵⁶³.

A proporcionalidade aplicada em defesa de intereses coletivos bem como a aceitação da proibição de proteção deficiente (no plano do processo penal equivalente à admissão das provas ilícitas) alia-se, neste caso, ao princípio da eficiência, que acaba se expandindo para ordenamentos processuais penais os mais diversos⁵⁶⁴. Alguns autores, inclusive, defendem a plena compatibilidade entre garantias e eficiência, como é o caso de Moccia. Segundo o pensador italiano, seria plenamente possível o convívio entre garantia e eficiência no Estado Democrático de Direito: garantia e eficiência, no Estado Social de

⁵⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Hermenêutica e Processo*: na tutela dos direitos fundamentais. p. 171.

⁵⁶² “En una perspectiva intrajurídica, la emergencia de los derechos de prestación y la preocupación creciente de la cuestión de una mayor eficacia en la protección – estatal- de los derechos habían sido, indudablemente, *topoi* temáticos del estado social de enorme importancia en el proceso del escalamiento y consolidación de la relevancia política y jurídica del discurso sobre la eficiencia como valor medial. En el proceso de su eventual transformación espuria – y silenciosa – en fin en sí misma, o lo que es aún peor, en un concepto general e indeterminado al servicio de la razón de estado, empieza a jugar un papel determinante – no buscado – la transformación de los derechos subjetivos individuales de libertad del estado liberal clásico en derechos y en valores objetivos. Ello por cuanto los deberes de protección – punitiva – de los bienes jurídicos correspondientes que de tal transformación resulta, se cristalizan finalmente, en deberes y en imperativos de eficiencia para los aparatos administrativos y jurisdiccionales de persecución penal, con lo cual se abre – aún sin pretenderlo – el camino para que la eficiencia punitiva se ponga al servicio del estado interventor, y contra los ciudadanos. La orientación masiva del estado social en crisis hacia la preservación en el seno de la nueva *sociedad de riesgo*, exacerba hasta sus límites máximos los imperativos de eficiencia. La eficiencia más ubicua y la que exige la mayor amplitud del repertorio tecnológico y jurídico institucional para su despliegue es la eficiencia preventiva. El eficientismo por su parte, también estimula, a su vez, la orientación preventiva. OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. p. 45.

⁵⁶³ BOSCHI, José Antônio Paganella. O Devido Processo Legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. In MOREIRA, Rômulo. *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Jvs Podivm, 2007. p. 182.

⁵⁶⁴ “Pero el último gran paso dado hasta ahora – sobre todo en Alemania – en el camino señalado hacia la construcción de la eficiencia como un fin último, lo constitui la evolución ya descrita (denunciada en Alemania por el juez Böckenforde) propiciada por la jurisprudencia de sopesamiento de principios – por lo menos en cuanto ideología del sopesamiento sin límites - , en el sentido de transformar los intereses colectivos de la eficiencia subyacentes a las normas sobre la organización y competencia, en otros tantos valores y derechos fundamentales”. OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. p. 45.

Direito, longe de se colocar antiteticamente representam um conjunto dos elementos essenciais de referência de como deve ser informado a persecução das legítimas instâncias de controle social⁵⁶⁵. Não se pode concordar com o pensador italiano.

A eficiência levada ao extremo acaba danificando e necrosando os laços mais elementares que servem de proteção contra a atuação estatal. Esta tendência eficientista se transforma atualmente, numa concepção funcionalista do sistema punitivo, responsável pela gradativa administrativização do processo penal. O funcionalismo penal responde, por um lado, à passagem de uma administrativização do processo penal (Poder Judiciário como mero administrador de justiça).

O fenômeno da funcionalização do direito penal, como muito bem apontado pela escola de Frankfurt, pode ser analisado, com reflexos mais visíveis no âmbito do processo penal. Em primeiro lugar, pelo princípio da eficiência que se destaca pela relação custo benefício nos processos de execução de atividades ou fins colimados. Por isso se trata de um princípio inerente ao direito administrativo, responsável, em últimos termos pela obtenção/consecução de determinadas finalidades estabelecidas previamente. Como é o caso do processo penal, entendido, nessa linha de raciocínio, como um obstáculo à implementação da pena. Em segundo lugar, a administrativização do sistema penal recai, com maior impacto, no cenário processual, já que é justo neste campo que se encontra depositada uma forte e irreconciliável tensão entre garantias e eficientismo. O processo, por ser um construto cujo núcleo arvora um desequilíbrio entre as partes - componente que não pode ser abdicado sob pena de se descaracterizar suas bases fundantes - tem, hoje em dia, um notável número de detratores, que sinalizam com mecanismos de flexibilização garantística, para não se falar em uma corrupção de seus postulados elementares, erigindo-se um mero atalho para a justificação da pena.

Com relação à prova ilícita no Brasil, é possível encontrar exemplos doutrinários que reputam legítima a sua admissão em prol de uma pseudo-segurança jurídica⁵⁶⁶,

⁵⁶⁵ MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. p.01.

⁵⁶⁶ “Diante das graves violações aos bens jurídicos da segurança, concretizados aqui pelos direitos fundamentais – vida, integridade física e liberdade -, não seria a melhor solução inadmitir o uso da interceptação no processo que viesse a ser instaurado”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. p. 95.

alicerçada pelo princípio da proporcionalidade⁵⁶⁷. As expansivas e extensas limitações à admissão da prova ilícita pela Suprema Corte americana⁵⁶⁸ representam muito bem o fenômeno da administrativização da justiça regradada pelo princípio da eficiência⁵⁶⁹. Ao mesmo passo que a teoria da prova ilícita se vê repleta de exceções que não mais confirmam a regra senão a enjeitam para se constituir elas próprias no modelo normal de funcionamento de uma justiça administrativizada (eficiente), as nulidades absolutas, em sede teórica, são vistas como mero empecilho à obtenção da verdade. Assim é que a criação de figuras de invalidade absoluta-insanável vê diminuída a própria função de proteção dos interesses das partes pelo menos na medida em que se consente a elas um controle e uma disponibilidade sobre os instrumentos de busca da verdade no processo⁵⁷⁰.

A fim de encerrar o presente tópico, o tratamento da nulidade e seus princípios reitores bem como a teoria da prova ilícita e suas exceções remontam novamente para a sempiterna dicotomia entre o limite à busca pela verdade e a sua proibição que erigem sistemas processuais bem diferentes. Advertindo sobre esta problemática Roxin, para quem

⁵⁶⁷ “A regra da inadmissibilidade seria afastada no caso concreto, excepcionalmente, por não resolver adequadamente os valores em colisão”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. p. 96.

⁵⁶⁸ “De acordo com Baratta, pense-se, por exemplo, na radical inversão de tendência que se verifica na jurisprudência da Suprema Corte, com o enfraquecimento das proibições de produção e de inutilização da prova ilícita no processo penal, proibição que era um baluarte da garantia dos direitos civis e do devido processo e, ao mesmo tempo, instrumento de controle e de socialização da polícia. BARATTA, Alessandro. Prefazione. In MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. p. XXI.

⁵⁶⁹ “Son múltiples, y pertenecientes a muy diversos ámbitos del derecho, los ejemplos de eficientismo jurisprudencial susceptibles de extraerse de la labor del Tribunal Constitucional alemán que se pueden traer a cuento. Por lo pronto valgan algunos casos de eficientismo entre – larvado a manifiesto – producidos por la jurisprudencia constitucional de sopesamiento de principios en el terreno específico del derecho penal: la autorización para la utilización de diarios íntimos en relación con la violación en orden a realizar el principio de culpabilidad y asegurar el acceso a la verdad; la confiscación de material fotográfico conseguido por una programadora de televisión a fin de perseguir eficientemente a manifestantes y, en general, la flexibilización de las prohibiciones sobre el uso de pruebas ilegales en orden a favorecer la capacidad de funcionamiento del aparato de Justicia; la renuncia de la Justicia a la persecución y a la penalización de un “testigo de la corona” – v. gr., un delator – negociador -, enjuiciado por terrorismo en razón del estado de necesidad de la investigación; la definición del derecho a no testimoniar como una simple excepción al deber de esclarecimiento de la verdad material; la limitación por razones de economía procesal del número de los defensores voluntarios; la limitación del contacto de procesados acusados de terrorismo y sus defensores etc., con miras a evitar que se afecte la eficiencia de la investigación. La circunstancia de que en este caso se argumentó también la necesidad de proteger a terceros y a las víctimas eventuales de la información que trasciende, nos pone frente a la pregunta difícilísima por el papel eventual del nuevo interés jurídico penal por la protección de los derechos de la víctima en el debilitamiento de las garantías del procesado, etc. OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. p. 46.

⁵⁷⁰ PRESSUTI, Adonella. Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix. Milano: Giuffrè, 1976. p. 1214.

“el esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes, bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”⁵⁷¹. Como se percebe, se se quiser realmente proceder-se a uma efetivação das garantias constitucionais e para além, pensar para além dos registros inquisitoriais que se incrustaram no processo penal moderno, a reforma dos princípios em matéria de nulidades (extensível, como se verá, à teoria da prova ilícita) é indispensável.

O principal problema – como não poderia deixar de ser – é abandonar as pseudo-certezas trazidas pela tradição (inquisitorial) e uma práxis processual penal renovada. Certamente não é tarefa fácil. No entanto, se reveste de indefectível proximidade a um processo penal acusatório e legítimo, ancorado na instrumentalidade constitucional. Tema que será auscultado no próximo capítulo.

⁵⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 191.

CAPÍTULO III – UMA NOVA TEORIA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL 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 principiológica¹. 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.

3.1 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 dorsal do processo penal: os direitos e garantias fundamentais. Como assegura Gimeno Sendra, “el proceso penal es, junto con el Derecho Penal, el sector del

¹ Isso pelo fato de que como aponta Coutinho “o sistema de nulidades é instituído sempre por meio de princípios”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidez Processual: um estudo para o processo do trabalho*. p. 267.

ordenamiento en que mayores poderes se conceden al Estado para la restricción de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos”².

A instrumentalidade³ do processo, portanto, corresponde a esta função garantidora contra a arbitrariedade do poder punitivo, que se consubstancia, para Ferrajoli, no princípio da estrita jurisdicionalidade. Aqui ingressa a importância do princípio da legalidade⁴ processual, que orientará a dinâmica da teoria das nulidades⁵. Como explica Iasevoli, o princípio da legalidade processual encontrará seu fundamento em sua expressão constitucional (princípio de legalidade constitucional)⁶. Como se percebe não serve, como apontado, uma instrumentalidade qualquer⁷. Ligado aos direitos e garantias fundamentais, o processo penal legitima-se como instrumentalidade constitucional, ancorada nos vetores indispensáveis à estruturação democrática. O respeito pelas regras do jogo como tentativa de minimização do excesso punitivo – redução de danos – é o postulado básico de um processo penal democrático.

No entanto, não se pode esquecer que a forma processual é absolutamente indispensável enquanto materialização daquelas garantias e direitos fundamentais anteriormente mencionados. A forma processual corresponde à garantia de que o processo penal seguirá um rumo previsto normativamente, independentemente das paixões e demais irracionalidades que afloram no campo do jogo processual. A composição do processo

² GIMENO SENDRA, Vicente. Prólogo. In GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 07.

³ Como aponta Taormina qualifica-se como processo por que a aplicação da sanção exige uma progressão que se radica em uma situação de incerteza que se desenvolve no acerto e no juízo, exaurindo-se com a atuação prática. O processo é necessário e indefectível por que se instrumentaliza através da exigência absoluta do ordenamento que se faz concreta, como síntese dos interesses da coletividade - o fim da pena - e por que tramitam resoluções de incerteza em certeza. TAORMINA, Carlo. *L'Essenzialità del Procedimento Penale*. p. 83.

⁴ Importante sinalizar com Binder, que “la historia de la legalidad en America Latina es la historia de la debilidad de la ley”. BINDER, Alberto M. La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República. In *Ciencias Penales*. a. 17. n. 23, 2005. p. 31.

⁵ Para Iasevoli o princípio da legalidade processual explica o papel destinado à inviolabilidade, que se traduz na predeterminação dos pressupostos da restrição seja quanto ao *se* e ao *como*, circunscrevendo os casos nos meios estritamente necessários à finalidade e evidenciando, de tal forma, a prevalência dos direitos fundamentais em relação ao interesse de acerto do fato. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 33.

⁶ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 56.

⁷ Por instrumentalidade constitucional não se pode entender a postura difundida de que o processo serve para realização do direito material. No sentido tradicional de dependência e subordinação do processo ao direito penal MELE, Vittorio. *Il Segreto Istruttorio*. Napoli: Eugenio Jovene, 1959. p. 58. Também nesse sentido Struensee: “el Derecho procesal penal es lógicamente dependiente del Derecho penal material, presupone su existencia, es Derecho secundario”. STRUENSEE, Eberhard. La Prueba Prohibida. In *Revista Peruana de Ciencias Penales*. a.II. n. 4, 1994. p. 666.

mediante a estruturação de elementos pré-fixados, de escudos protetores contra a arbitrariedade (Binder), depende do estabelecimento normativo de requisitos essenciais à prática de atos judiciais.

Desta maneira, a forma processual como estrutura categorial e como elemento indispensável à formulação do processo no Estado Democrático de Direito representa o conjunto dos princípios consolidados na Constituição da República. Como visto, a ruptura da forma (garantidora daqueles postulados elementares) poderá ser concebida como uma espécie de contenção do poder punitivo, que não poderá ser exercido e realizado de qualquer maneira. Neste sentido é que a nulidade poderá ser considerada uma garantia⁸.

A nulidade de um ato processual surge como uma declaração judicial de invalidade. A cassação dos efeitos do ato é uma conseqüência inexorável da invalidade processual cristalizada mediante uma declaração. A sua principal tarefa é promover a restauração daqueles princípios formadores do processo penal contemporâneo, constituindo-se em inadmissível arbitrariedade conceber-se ato judicial praticado em desconformidade com as suas prescrições normativas. Como aponta Pressuti, há uma interdependência recíproca entre a estrutura do processo e a regulação dos vícios processuais⁹.

A teoria da nulidade, uma vez mais é preciso relembrar, surge como um ponto de relevância ímpar para a consecução de um sistema processual. Como apontado, o amorfismo, a prevalência de uma ilegalidade congênita configura um sistema inquisitorial estabelecido a partir de um amor pela verdade a qualquer preço¹⁰. Este componente central para o desenvolvimento dos sistemas processuais muda de enfoque a partir do sistema acusatório. Aqui não interessa a persecução da verdade como finalidade primordial, 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

⁸ “Expresamos en primer lugar que es una garantía, porque si leemos atentamente la redacción de las normas, veremos cómo las mismas contienen la advertencia concreta de invalidez del acto en el caso de no guardarse las prescripciones previstas para él”. LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 138.

⁹ PRESSUTI, Adonella. Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix. p. 1179.

¹⁰ Sobre a verdade metafísica, alguns autores pensam ser possível encontrá-la no processo penal: “‘‘Quien solo reconozca una exactitud procesal y niegue la existencia de una verdad independiente del sujeto, ha perdido la conciencia de la verdad y la falsedad, y con ello también la diferencia que media entre ambas’’. GÖSSEL, Karl Heinz. La Verdad en el Proceso Penal ¿Es Encontrada o Construida? *In Revista de Ciencias Penales*. n. 6. 2000. p. 86.

respeito é de interesse predominantemente público¹¹. 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 eficientismo¹² persecutório, responsável pela desformalização material do processo penal contemporâneo¹³.

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 modelo 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 penal¹⁴.

¹¹¹¹ 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 e, em particular, congênito 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 duvida 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 de luta contra o crime, e se 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.

O modelo de processo penal brasileiro, como amiúde 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, por muitos doutrinadores vinculados a uma concepção constitucional de processo penal relativiza o defeito do ato em prol de uma obtenção de fins a qualquer custo, bem ao gosto da política de eficiência¹⁵.

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 efficientista da relativização das nulidades absolutas, como poderia ser chamado o princípio da instrumentalidade das formas¹⁶.

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 jurídicos¹⁷, ocorrendo uma transposição de conceitos privatísticos¹⁸ ao cerne do processo penal, matéria de direito público por excelência (Guarneri); juntamente com essa problemática, outra reside. Trata-se do acoplamento daquele conteúdo privatístico sob a forma de um modelo de processo penal inquisitório (amórfico). Reunidos dois elementos aparentemente

¹⁵ Para Siracusano o discurso sobre as formas processuais enfatizou intoleráveis inconvenientes conexos à genérica e imprecisa configuração de si mesmo. A adoção de conceitos elásticos 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, pavimentou em suma, a via do abuso por obra das partes e do juiz. SIRACUSANO, Delfino. Problemi Attuali della Descreszionalità in Diritto Penale (Spunti Processuali). In *L'Indice Penale*. a. X. n. 2, 1976. p. 48.

¹⁶ Para Amodio o perigo é aquele de um rito baseado na economia das formas, o que abriria as portas para o arbítrio. AMODIO, Ennio. Crisi della Legalità Processuale, Filosofia della Rasseganzione e Autorevolezza dei Giuristi. In INSOLERA, Gaetano. Riserva di Legge e Democrazia Penale: il ruolo della scienza penale. Bologna: Monduzzi Editore, 2005. 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*. Padova: CEDAM, 1951. 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 Pénale. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n.3.1984. p. 434.

contraditórios (a contradição é meramente aparente, já que o prisma privatístico pode ser facilmente absorvido pela tradição de ilegalidade inquisitorial), a teoria das nulidades é montada tal qual um palimpsesto¹⁹.

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 social²⁰. De acordo com Pressuti, o princípio da defesa social, “de quem o fascismo se apropriou como herdeiro dos endereços positivistas, filtrou cada instituto do ordenamento processual, modificando-lhe a estrutura segundo critérios necessários para a atuação daquilo que foi considerado o fim proeminente do processo penal”²¹. Como se pode perceber, se a linha da defesa social pode adotar os princípios em matéria de nulidade 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 cuja tradição é herdada da teoria dos negócios jurídicos, retrabalhada pelo discurso inquisitorial. 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 persecução 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 convalidação” em matéria 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 Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 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. SABATINI, Giuseppe. *Trattato dei Procedimenti Incidentale nel Processo Penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1953. p. 17.

²¹ PRESSUTI, Adonella. Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali. *In 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”²². 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 ritualismo²³.

Esta concepção das nulidades como meros registros de funcionamento legal, o que significa tratá-las como acessórios dispensáveis e formais, entretanto, à busca pela verdade material²⁴ 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 Pressutti 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. PRESSUTTI, 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. Dos clássicos aos manuais mais comezinhos, a teoria das nulidades é construída de forma contínua sob os mesmos alicerces epistêmicos. Os princípios de fundação da teoria das invalidades 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 o seu tratamento teórico eclipsado em vetustos brocados e velhas idéias, que acabaram por permitir a criação de um verdadeiro “palimpsesto” no que diz respeito às nulidades e sua formatação teórica.

A atual consolidação da teoria das invalidades 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 (a 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 moderno²⁵, 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

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 repúdio à forma processual, elemento essencial ao bom funcionamento do sistema.

como fundamento ‘de todas as atividades do Estado’ cujo terreno processual penal não se cansa de fornecer relevantes comprovações²⁶. 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’²⁷. 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 aplicação do princípio 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

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.

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 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 subseqüentes.

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”²⁸. 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”²⁹.

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 modelo³⁰. Um dos motivos pelos quais parece impossível a fixação de uma estática das nulidades fulcrada 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 temporalizados 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

²⁸ SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. p. 122.

²⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. p. 101-102.

³⁰ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 184.

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 metáfora³¹. Problema que se repete com a dicotomia questão de fato e questão de direito no tratamento dos atos jurídicos em geral³².

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 correspondente 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.

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

³² Segundo Cordero ninguém, com os olhos abertos acredita mais na identidade texto-norma, ilusoriamente devota da Lei e de sua relativa mitologia ou até mesmo nas histórias que se sucederam da 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 perduram imóveis 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 ‘*as flores do mal*’. Leituras cínicas ou inspiradas num zelo progressista diluem-se produtos mentais. Os únicos que disso não sabem parecem ser alguns velhos magistrados inclinados ao protesto colérico. Cordero com isso não acredita estar postulando uma niilística 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 peneirá-las, mas, como é óbvio, sejam mais ou menos razoáveis, contam aquelas impostas desde os bancos judiciais. CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 17-18.

Desta forma, o funcionamento da teoria das nulidades absorvida por uma espécie de paternalismo judiciário³³ (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 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 defensiva³⁴. 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 hão de diferenciar os vários modelos processuais³⁵”. 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 juiz³⁶, não raro a tutelar um Estado ético³⁷.

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

³³ Para uma concepção de processo penal que atribui ao juiz o exercício de uma função de *dominus litis*. Cf CUSIMANO, Franco Antonio. *Il Problema della Giustizia nel Rapporto Processuale*. Padova: CEDAM, 1958.

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 como aquele sistema que melhor pode traduzir em ato a vontade e os objetivos que o Estado ético persegue. CUSIMANO, Franco Antonio. *Il Problema della Giustizia nel Rapporto Processuale*. p. 215.

juiz³⁸. 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 “excludentes de ilicitude dos atos processuais” realizados defeituosamente. 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 de nulidade que não seja de igual maneira uma proteção de algum princípio constitucional³⁹. 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 expressa normatividade?

A instrumentalidade constitucional do processo 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 nexo 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 reestruturação⁴⁰.

³⁸ FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. p. 294.

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 invalidades 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 iria lograr muito se o acusado tivesse um tratamento sobre as invalidades semelhante àquele dado ao reclamante na justiça do trabalho, ao réu no processo civil, ao empresário no direito comercial, ao contribuinte no direito tributário. Contudo, é justamente no direito penal que a teoria se vê 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 e Processual Penal*. a.IV. n. 22, 2003.p. 21.

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

3.2 Uma Teoria Integrada das Nulidades e da Ilicitude dos Atos Processuais Irregulares

Como ficou demonstrado ao largo 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 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 repercute 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 construída 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 incurreria quando de seu tratamento como categoria completamente autônoma. Nesse sentido, possível a colação do pensamento de Maier, para quem, “en 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”⁴¹. Convém 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 separacionista, 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.

3.3 Princípios Reitores da Teoria das Nulidades no Âmbito Processual Penal: a natureza dúplice das normas relativas à 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 acusatório⁴² e com os direitos fundamentais, que nem sempre têm uma

⁴¹ MAIER, Julio B. J. *Función Normativa de la Nulidad*. p. 141.

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

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 danos⁴³, embora se saiba que o direito penal mínimo não passe de um tipo ideal.

As normas processuais que tutelam as formas processuais 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 intrusiva aos direitos fundamentais. Nesse sentido Streck argumenta que “não se olvide 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”⁴⁴. 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 material⁴⁵. 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 uma testemunha que se encaixe na qualidade de irmão do acusado deve ser assegurada a advertência de que

conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo, pues algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente 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 impidiera 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.

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.

não será obrigada a depor se não desejar⁴⁶. 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.

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 ingerência⁴⁷. O segundo é sustentado pelo agir ativo 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 estatal⁴⁸. 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 dispendo sobre o procedimento administrativo ou

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.

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 acepção 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*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 329.

⁴⁸ “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos 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)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 401.

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”⁴⁹.

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 indicador de la respectiva cultura jurídica o política”⁵⁰. No enfrentamento da superação do atual panorama dos princípios jurídicos que orientam a teoria das nulidades, como foi amiúde 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 penal⁵¹ 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*⁵².

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

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 Iasevoli 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 decênio desta complexa operação cultural foi caracterizado, em verdade, pelo impulso reacionário da Cassação, que na tentativa de conservar a legislação não mais vigente,

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 carácter acessório que lhe é dispensado pelo doutrina e jurisprudência (principalmente dos tribunais superiores) conduzem a um processo de funcionalização, algo decerto inadmissível em se tratando de direitos fundamentais⁵³. Como apontará Canotilho, as regras sobre procedimento estarão calcadas sobre a própria concepção de Estado de Direito⁵⁴, cuja conotação aparece como “*devido processo legal*”, “*due process of law*”, “*giusto processo*”, etc⁵⁵. 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 elementares⁵⁶. 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”⁵⁷. Daí a importância, para o presente trabalho, da

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. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. 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 ancilar ou servil. 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, faculdade ou direito condicionados a certos actos devido, etc., deve realizar um determinado acto jurídico”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição*. v. II: direitos humanos, direitos fundamentais. Lisboa: Verbo, 2002. p. 220.

⁵⁴ Para Maier, o processo penal não pode ser pensado fora do contexto do Estado de Direito. MAIER, Julio B. J. ¿Es Posible Todavía la Realización del Proceso Penal en el Marco de un Estado de Derecho? In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005 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, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150.

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 questionamento 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); 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 jurídico-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 constitucionais⁵⁸. 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 efficientistas) pilares, com seus perigosos desdobramentos⁵⁹.

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 império 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 inacceptables 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 querrían 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.

Desta forma, o estreitamento do processo penal aos direitos fundamentais⁶⁰ 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 moldagem do processo penal no âmbito do Estado Democrático de Direito⁶¹ 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*⁶²) a partir principalmente dos *Slaughter-House Cases*⁶³, que acabaram sendo

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.

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 privativas* da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao *processo 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 normativo-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. Às autoridades legiferantes deve ser vedado do direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como *protecção alargada de direitos fundamentais* quer 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.

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 do *due process of law*, no plano processual, principalmente o processo penal se reveste deste necessário entrelaçamento entre instrumentalidade e estrita jurisdicionalidade⁶⁴.

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 democracia⁶⁵ que se estabeleça. Uma democracia substancial⁶⁶, 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”⁶⁷.

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; b) as garantias processuais respondem a níveis de proteção constitucional que

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 açougueiros de Louisiana ingressou com uma argüição de inconstitucionalidade 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 do devido processo”. BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 36.

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*. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998. 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 Giuridica, Poteri del Giudice*. In INSOLERA, Gaetano. *Riserva di Legge e Democrazia Penale: il ruolo della scienza penale*. Bologna: Monduzzi Editore, 2005. 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 sós, a qualidade da democracia e a bondade dos resultados da política”. ANDRÉZ IBAÑEZ, Perfecto. *Democracia com juízes*. In *Revista do Ministério Público*. A. 24. n. 94. 2003. p. 35.

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

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”⁶⁸.

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”⁶⁹. 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”⁷⁰.

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 intersubjetivas⁷¹. 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

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

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 60.

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

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

prevalência e predomínio da razão de Estado⁷² em detrimento dos direitos e garantias fundamentais que elevam o acusado ao patamar de objeto não de “apuração da verdade”, mas sujeito de tutela. 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 pela etnometodologia os processos judiciais). 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”⁷³.

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 liberista, con la intolerancia frente a cualquier tipo de límites jurídicos y, especialmente, judiciales, al poder político y, más aún, al económico”⁷⁴.

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

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 forma general de una ley. Por el contrario, 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*. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 243.

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

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

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”⁷⁵. 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”⁷⁶. Esta a razão pela qual um sistema de garantias (nulidades) não se pode encontrar enraizado em princípios completamente diversos, senão mesmo antagônicos àqueles imanentes 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 entravar a apuração da verdade substancial - será possível creditar-se-lhe um papel ativo de proteção aos direitos fundamentais⁷⁷. Na perspectiva da estrita jurisdicionalidade, a teoria das nulidades contribui para a minimização dos espaços de disposição do magistrado. E também, tem por fito a maximização do princípio do contraditório, a exigir a verificação empírica das hipóteses de acusação⁷⁸. Assim, Ferrajoli sustenta que “las garantías penales y procesales son técnicas

⁷⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. p. 26.

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 garantía 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.

que no sólo limitan los poderes de los jueces sino que también los sujetan a su función cognoscitiva”⁷⁹. Desta forma, a estrita jurisdicinalidade 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 anti-substancialista. De acordo com o processualista italiano, a idéia de contraditório 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 final⁸⁰.

A teoria das nulidades passa a assumir, assim, pelo que aqui se sustenta, uma tarefa ligada à jurisdicinalidade, concebida como defesa ante a criminalidade de poder⁸¹. 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 final⁸². 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”⁸³.

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.

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

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

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia 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*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 107.

3.4 Nova Teoria das Nulidades: construção de um novo sistema principiológico 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 normação 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 penal⁸⁴, 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 contradição 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 1988⁸⁵.

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

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 á maioria. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 28.

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 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 inquisitorial do atual código de processo penal. Mas também para a possibilidade de 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.

3.4.1 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 processual⁸⁶. A dicotomia nulidades absolutas x relativas pode trazer contribuições até certo ponto valiosas quando os interesses vindicados no processo são de caráter disponível. No processo cível, 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 da instrumentalidade constitucional do processo penal⁸⁷. 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 garantia 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 manifesta. 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

⁸⁶ De acordo com Massa há uma interligação entre as nulidades e o princípio da economia processual, tomando-se como pano de fundo o acertamento 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 cruze 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*. a. iv. v. 2. 1961. p. 372.

⁸⁷ Para Iasevoli a reflexão evidencia o nexos 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 traslatícia. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema Processuale Penale*. p. 27.

elementares: “sus principios, aún cuando en un alto grado estén concretados, políticamente siempre están en peligro”⁸⁸.

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 interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado”⁸⁹. 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”⁹⁰. Esta reprodução tanática, 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”⁹¹.

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. p. 64.

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 formos 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

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 garantia, com a transformação das nulidades em anulabilidades ou ainda, em nulidades relativas, reforçando o já maximizado sistema punitivista brasileiro⁹². Para além das características que são atribuídas a ambas as categorias de nulidade, existe um problema de ordem fundamental a alicerçar 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 concebidas⁹³.

Ignorar a especificidade do processo penal em relação ao cível 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

Origem destes Trabalhos. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem*: rumo à consciência européia. Barueri: Manole, 2004. 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 polêmica 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*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 89.

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 (eficácia, sanabilidade, legitimação 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.

duas formas de nulidades 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 negociação⁹⁴. Como assenta Lopes Júnior, “a distinção entre normas que tutelam interesse da parte e outras que dizem respeito a interesses públicos tropeça na desconsideração da especificidade do processo penal, onde não há espaço normativo privado”⁹⁵. 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 sistemática e conceitual das categorias que acabariam ganhando contornos similares⁹⁶. 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”⁹⁷. 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 das partes, prejuízo e finalidade do ato atingida. Esta refundação principiológica desloca o sentido da função⁹⁸ da nulidade como “teoria utilitária do defeito

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 à 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 das invalidades, no processo penal, deve estar focada, acima de tudo, na necessidade de dar efetividade substantiva aos direitos fundamentais processuais que estão assentados na Constituição Federal”. RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; ALMEIDA, Cibelle Barretto. Nulidades no Processo Penal: do tradicional “Inferno” Teórico a uma Racionalidade Garantista. In MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPodium, 2008. p. 78.

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 penal, 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 idôneo para assumir relevância jurídica daquilo que,

processual” para recolocá-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 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 penal⁹⁹. A dissimetria dos aspectos teóricos entre processo civil e penal é incapaz de reconduzir a uma unificação axiológica a partir do binário interesse público x privado¹⁰⁰. 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.

não integrando as condições de emprego previstas pela norma, se mostra inadequado a produzir conseqüências apreciáveis para o direito e permanece, em relação a este, mero *quid facti* irrelevante e desqualificado. POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*. p. 14.

⁹⁹ “Essas dificuldades naturais, contudo, são ainda agravadas pela falta de um conjunto de regras infraconstitucionais que esteja minimamente afinado 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 Barretto. 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 do processo civil é perceptível esta divisão 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 contraente) 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 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 viga mestra que sustenta aquelas características próprias da categoria mencionada. Finalmente, após esta investigação, serão realizadas as últimas considerações acerca do princípio das nulidades absolutas em matéria processual penal e sua identificação com o processo penal acusatório.

3.4.2 Nulidade Relativa e Precluibilidade de Sua Arguição: entre a flexibilização das formas e a rigidez garantística

A doutrina costumeiramente aponta, como uma das características principais da nulidade relativa a sua precluibilidade. O instituto da preclusão é tido por muitos como uma forma de sanção processual, juntamente com a nulidade (Pannain)¹⁰¹. 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 imperioso 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 caleidoscópio 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

¹⁰¹ PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*.

lógica consiste na retratação 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 repristinando 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 ocorra 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 argüida na primeira oportunidade de manifestação do prejudicado subsequente à prática do ato processual irregular.

Como é possível concluir-se, a precluíbilidade 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 acríticas concepções legalistas em voga nos tribunais pátrios. Se há necessariamente um princípio de economia processual a exigir a eficiente presteza 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 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 paranóicos, 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 relativa¹⁰². Pelo contrário, a nulidade absoluta seria aquela incapaz

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

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 cristalinos 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”¹⁰³. Por esta razão elementar é insuficiente justificar-se a nulidade relativa com base em tão rudimentar sustentáculo¹⁰⁴. 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 precípua e exclusiva de

fecha o carente de algún requisito formal y que puede subsanarse mediante aclaración, suplido o ratificación de oficio o a petición de parte". FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. v. I. 521.

¹⁰³ POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*. 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, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 245-246.

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 equivocado. 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 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 pertença à espécie nulidade relativa. Ou seja, a doutrina procura afirmar que a nulidade relativa é aquela precluível, 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 lingüístico 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 negativa¹⁰⁵. 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.”¹⁰⁶

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

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.

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 (Ost¹⁰⁷). 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 repristinatório? 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? Àquela simbiose entre o sistema inquisitorial e teoria geral do direito privado corresponde o transplante da preclusão temporal.

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

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.

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 precluibilidade 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 movimenta-se 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.

3.4.3 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 relativa¹⁰⁸. 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 efeitos¹⁰⁹.

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 argüição da nulidade, a ratificação da parte interessada¹¹⁰. 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

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

¹⁰⁹ Para Taormina se trata do 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 Iasevoli se for possível reconduzir dentro da categoria – sanatória – a multiplicidade de instrumentos mediante os quais se repristina a legalidade de atos disformes ao modelo, essa exprime uma síntese verbal que designa os mecanismos jurídicos de diversas naturezas (conversão, convalidação, ratificação, conservação) que se sustentam em forma de integração da patologia. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 240.

irregular, também a ausência de interesse processual na argüição 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 argüição. 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 interesse¹¹¹. 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. À esta altura não é mais novidade a tese aqui sustentada acerca da construção da teoria das nulidades tal qual palimpsesto, a convergir uma teoria privatística 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 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*¹¹². 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 integrada¹¹³. 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?

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

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.

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 inválido¹¹⁴. 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 arrola 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 depender 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 judicial¹¹⁵. 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 conseqüente 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 nulidade¹¹⁶.

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

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 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*. Palermo: Priula, 1937. p. 26.

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, desconstituindo 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 conformidade¹¹⁷. 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 atividade preventiva, que obstaculiza o surgimento da nulidade¹¹⁸. 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 declaratória¹¹⁹. 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, equivalência *evita* uma possível nulidade, e se dá

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 valide e produza todos os seus efeitos. TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v. II. p. 408.

¹¹⁸ Quanto á 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*. Milano: Giuffrè, 1943. p. 232.

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

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 procedimento¹²⁰. 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 norma¹²¹. Mais do que isso, as espécies de sanatória atuam como uma prevenção de futura nulidade. O ato processual substituído assume a função daquele substituído. A atividade saneadora significaria não a retirada da invalidade do ato já praticado. Mas acarretaria a insignificância¹²² 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 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

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*. Napoli: Eugenio Jovene, 1959. p. 461.

¹²² Há quem separe o fenômeno da sanatória e da *equipollenza* da não ofensividade: o defeito de 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, C. *Accertamento del Fatto e Inutilizzabilità del Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2007. p. 474.

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 processo¹²³.

O saneamento dos atos processuais penais converge para aquela direção anteriormente apontada quando do exame da precluíbilidade 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 Iasevoli a ascendência do regime fascista condicionou sensivelmente as estruturas normativas de todo instituto em nome da defesa social e do acertamento da verdade; sofre obviamente, o sistema das nulidades, com a supressão da figura fundamental da nulidade absoluta¹²⁴. 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 paranóia 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 punitiva¹²⁵.

¹²³ De acordo com Cordero a impaciência pela superestrutura formal conduz o intérprete à tentação 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 do *modus 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 consegui-lo. 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 *quomodo* do ato. CORDERO, Franco. Nullità, Sanatorie, Vizi Innocui. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 704.

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

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

Demais disso, um processo penal voltado sobre ares democráticos é absolutamente incompatível com a subversão da forma processual¹²⁶, 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 processual¹²⁷.

A incapacidade de sustentação de uma teoria que implica em admitir a produção de efeitos jurídicos de um ato inválido¹²⁸, confundindo-se validade 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

¹²⁶ Para Garraud 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 Pénale*. 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 – lo 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”. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *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 *idêntica* e sim *menor* do que aquela correspondente ao ato perfeito, isto é, determina conseqüências tendo em vista o próprio conteúdo, mas não a própria modalidade pois tais conseqüências 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.

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.

3.4.4 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 argüir 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 em uma necessidade de manifestação do prejuízo que o respectivo ato acarretou à parte, no processo penal, não passa de uma tentativa de se realizar 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 primeiro empecilho para que tal característica possa configurar-se em uma estrutura da teoria das nulidades diz respeito, sobretudo, à imprecisão conceitual que lhe 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 signíca, significantes que flutuam ao sabor da ocasião 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”¹²⁹. Nesse contexto da nulidade constituindo-se como mero obstáculo ao reencontro com a verdade, que paira na dimensão do significante, a 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 panorama que ateste a lesão de um princípio, garantia ou direito fundamental não deverá ser declarada a nulidade do ato. Para além, se a parte que argüi 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, coligidos, 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 1930¹³⁰. Ao se

¹²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p.388.

¹³⁰ Para Iasevoli 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

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 *equipollenza*). O ato imperfeito, como é lógico, produzirá conseqüências 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 *fattispecie*, levando adiante o problema detectado por Cordero, cuja lição é irrefutável: ao assumir a noção de tipicidade complexa, resta inexplicável como o ato jurídico perfeito e imperfeito possam gerar as mesmas conseqüências¹³¹.

procedimentos no estágio conclusivo, sem que ninguém houvesse argüido precedentemente a nulidade e sem lesão de qualquer interesse. O resultado foi o desaparecimento das nulidades absolutas em nome de razões políticas e/ou ideológicas, buscando-se justificações capciosas no fenômeno do desaparecimento da absolutidão diante da força preclusiva da coisa julgada. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 156.

¹³¹ Segundo Iasevoli o intérprete não pode elaborar hipóteses não codificadas, nem mesmo se alavancando 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

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 prejuízo¹³², 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 convencer o juiz de sua tese. Todavia, jamais como ônus. Apenas como imperativos de interesse da própria parte, assemelhando-se em muito a tese goldschmidtiana 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’”¹³³.

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 à 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 incumbe 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*)?

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

própria tipicidade; no segundo caso, é evidente o vício de método, como o ato disforme do 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. *Le Nullità nei Giudizi Penali e L’Istituto della Cassazione*. In *Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza*. a. 1. v. 1. Napoli: Eugenio Margheri, 1903. p. 06.

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

segunda¹³⁴. 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 comunicáveis: 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 juiz¹³⁵.

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 moral¹³⁶. Uma vez mais, retornando às palavras de Ubertis, cindir o fato do direito não é possível¹³⁷. 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 distribuição. Isso, como visto, se justifica à medida que o processo civil comporta um balanceamento probatório e permite

¹³⁴ UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979. 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*. Città di Castello: Città di Castello Casa Editrice, 1931. p. 342.

falar-se numa flexibilidade de cargas probatórias¹³⁸. 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 inadmissibilidade 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 argüição do vício somente seria afastada pela fundamentação judicial que trouxesse à baila, cristalinamente, a inexistência de prejuízo. Esta seria a conclusão lógica para aqueles defensores da aplicabilidade da nulidade relativa ao processo penal¹³⁹. Certamente não é a posição aqui sustentada.

A segunda, coerente com a inadmissibilidade da divisão em nulidades absolutas e relativas no processo penal (o que levaria à desnecessidade da respectiva classificação, podendo-se falar tão somente em nulidade ou não declaração de nulidade), 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 a parte demonstre quais interesses e em que medida foram atingidos.

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

¹³⁹ “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 a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado. Trata-se de uma ‘inversão de sinais’, de liberação dessa carga probatória por parte da defesa (que nunca poderá tê-la), e atribuição ao juiz, que deverá demonstrar a devida convalidação do ato para legitimar sua validade e permanência no processo”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 389.

Entretanto, repisando-se o que já fora dito amiúde, o processo penal não é compatível com a existência de interesses meramente individuais. Isto por que, superando-se uma concepção do processo penal que não adstritamente vinculada ao projeto de defesa social, é objetivo e finalidade do Estado, assim como a punição, a preservação dos direitos daqueles indevidamente 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 transcende sua atuação processual. O mesmo motivo pelo qual mesmo o confessor 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 signica que lhe escapa não autoriza falar-se em uma barreira aos espaços de disposição do magistrado (Ferrajoli). Como aponta Coutinho, destacando justamente esta opacidade signica aduz que “prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está prene 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”¹⁴⁰.

Oportuno salientar que tais conceitos genéricos servem com muita presteza 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 significante remeter a uma ausência e incerteza posta pelo desaparecimento do

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.

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. 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 nulidades¹⁴¹.

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 insanável 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 disposição¹⁴². 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.

¹⁴¹ “Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal 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 JÚNIOR, 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: Giappicheli, 1999. p.357.

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 ato que jamais foi realizado seria mais benéfico do que aquele concretamente realizado? Não se pode comprovar o prejuízo. É empiricamente não demonstrável. 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 formas¹⁴³. 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

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 a seu 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 enfraquecida a valência garantista dos esquemas predispostos pelo ordenamento. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 247.

a busca da verdade¹⁴⁴, mitemas que se proliferam em inúmera escala na doutrina processual-penalística¹⁴⁵.

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.

3.4.5 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 doutrina¹⁴⁶, a nulidade relativa, a fim de ser reconhecida e declarada, dependerá da provocação da parte processual que deseja a desconstituição do ato imperfeito¹⁴⁷.

A justificativa comumente empregada para ornar esta categoria jurídica reside na disponibilidade do interesse em jogo, o que de plano reconhecera 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

¹⁴⁴ Para Ubertis 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,

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 sobreviva aos poderes destas. GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 166-167.

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.

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 esgotado 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”¹⁴⁸. 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

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

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 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 nulidade¹⁴⁹, 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 repristinação 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 intermédia¹⁵⁰. 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

¹⁴⁹ Capitaneado 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.

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 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 partes¹⁵¹. Sua atuação seria legítima no momento em que as partes deixassem de argüir a invalidade. No entanto, tal fundamentação é manifestamente precária. A possibilidade jurídica de argüição de ofício de uma invalidade diz muito mais com a proteção do afastamento de uma ilegalidade 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 incontornável 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

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

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 nulidades de numeroso atos da série procedimental¹⁵². Se existe a justificativa para se preventivamente eliminar futura nulidade¹⁵³, como se atribuir à inércia das partes um caráter de sanatória? Se como já exposto, 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 nulificante dos 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.

3.4.6 Relativização da Forma e Degeneração Inquisitória: a instrumentalidade como acessoriedade da forma ao projeto substancialista

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

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 nulos. Desta forma, regem-se também pelos princípios relativos às nulidades e seus efeitos. Percebe-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 teleológica¹⁵⁴.

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

O primeiro requisito exige uma previsão normativa para a restrição aos direitos fundamentais¹⁵⁵. O segundo, por seu turno, exige que os fins perseguidos sejam legítimos¹⁵⁶. Evidentemente, o mau emprego do princípio da proporcionalidade¹⁵⁷ em matéria de provas ilícitas corresponde, em certa medida, à absurda redução, realizada pela doutrina e jurisprudência, das nulidades processuais àquelas relativas, 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 processual¹⁵⁸. 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 social¹⁵⁹.

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, Nicolas. *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, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 69.

¹⁵⁷ “Si se acepta el contrapeso ‘supralegal’ 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 perversa 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, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 71.

¹⁵⁸ “Se trata de un presupuesto material que introduce uno de los términos en que se basa el esquema medio-fin 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 SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 99.

¹⁵⁹ “El método de la ponderación de bienes legitima, en horas de necesidad, la injerencia en derechos y principios que, de lo contrario, rigen como fundamento de nuestra cultura jurídica: principio de culpabilidad,

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 degradado¹⁶⁰, que deixa o processo como mera ferramenta para consecução de um interesse maior¹⁶¹. 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

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. Torino: UTET 1865.p. 176.

¹⁶¹ “La doctrina alemana ha resaltado que el Derecho procesal penal no tiene exclusivamente una función instrumental respecto al Derecho penal 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 SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 243-244.

delega ao processo penal um papel meramente coadjuvante¹⁶². 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 Carnelutti, 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 privilegiam, incondicionalmente, o reinado da instrumentalidade das formas, cuja opção política vem posta legislativamente pelo Código Rocco de 1930 e sustentada por 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, procedimentalmente, 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

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 Nullità nei Giudizi Penali e L'Istituto della Cassazione. In Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza.* a. 1. v. 1. Napoli: Eugenio Marghieri, 1903. p. 03-04.

em relação à pena (elemento essencial do processo penal¹⁶³) 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 judicio deducta* significaria que a forma, no processo civil, assume um papel revestido de menor magnitude do que no processo penal.

Frente 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 ato¹⁶⁴. 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 âmago, uma espécie de tensão constante entre uma consolidação utilitária do ato processual e outra mais rigorosa e inflexível, destinada à preservação da legalidade processual¹⁶⁵. 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 relativamente 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

¹⁶³ TOLOMEI, Alberto Domenico. *I Principi Fondamentali del Processo Penale*. Padova: CEDAM, 1931. p. 48 e seguintes.

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

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, recai sob a atuação da lei, assegurada pelo ordenamento jurídico. ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. v. I. 3 ed. Naples: Eugenio Jovene. 1954. p. 411.

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 processo¹⁶⁶. 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 acarretaria¹⁶⁷. 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 imediata¹⁶⁸. 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 perseguidas¹⁶⁹. O resultado disso 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 (Wietholter) 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

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

¹⁶⁷ ZANZUCHI, *Diritto Processuale Civile*. v. I. 6 ed. Milano: Giuffrè, 1964. 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 precedente. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 37.

requisitos abstratos dos atos jurídico-processuais. Aqui se encontra também o fundamento da tese da lesividade substancial do ato processual a seguir examinada¹⁷⁰.

Radicalizando-se a extensão da sanatória da finalidade atingida se acredita poder aplicá-la a todas as espécies de nulidades, incluindo-se as absolutas, 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 despiciendo 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 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 referência¹⁷¹. Em ambos os casos ocorrem: a) a diminuição do âmbito de incidência da nulidade,

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.

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

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 jurídicos¹⁷². 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 legal¹⁷³. 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 judicial¹⁷⁴.

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 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 anti-econômico, 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 irrelevante¹⁷⁵. Uma vez mais reaparece, conjuntamente com o princípio da instrumentalidade das formas, o

¹⁷² “Para Iasevoli a atividade conforme ao paradigma jurídico realiza a finalidade pois a explícita 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 dúplice: 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 àquele 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.

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

princípio da economia processual, a ditar a flexibilização e simplificação das formas processuais¹⁷⁶. 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”¹⁷⁷: 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 causa¹⁷⁸. Além das sanatórias 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 idéia de acessoriedade do processo penal ao direito substancial com a perda de sua autonomia¹⁷⁹. Aqui que as denominadas teses substancialistas encontram 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 penal¹⁸⁰. Esta postura de uma instrumentalidade que concebe

¹⁷⁶ “A teoria do prejuízo e o requintado *pas nullitè 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 JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. 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, Raffaele; CARELLI, Luigi. *Riforma della Procedura Penale. Progetto di un Nuovo Codice*. Torino: Fratelli Bocca, 1889. p.CXV.

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

¹⁸⁰ Para Moscarini tanto é que não é aceitável a própria distinção entre norma substancial e norma processual, que à 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, faculdades. Ao contrário, é possível sublinhar o erro da referida diferenciação, já que, em princípio também no processo derivam 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

o processo como um mero adereço para a obtenção de finalidades esbarra, 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*¹⁸¹. 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 social¹⁸².

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 material¹⁸³: a instrumentalidade é exatamente negação da ‘jurisdicionalidade’ do processo, e na afirmação da segunda significa liberar-se dos condicionamentos metodológicos da primeira¹⁸⁴. 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 conseqüente degeneração) do processo penal a fins de política criminal, requintados com o que se pode identificar por finalidade genérica, que dá vezo 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 economia¹⁸⁵. Há quem inclusive sustente que a

se encontra ancorado. MENCARELLI, F. *Il Provvedimento Abnorme Nella Teoria del Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1984. p. 224.

¹⁸¹ PADOVANI, Tullio. Il Crepuscolo della Legalità nel Processo Legalità, 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 paritário’ 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.

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

finalidade atingida sequer constituiria uma hipótese de sanatória, tendo em vista se tratar do primado da substância do ato sobre a sua forma¹⁸⁶. No final das contas, parece indubitável 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 realizado¹⁸⁷. 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 imputado¹⁸⁸. 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 genéricas¹⁸⁹ exige o sacrifício da amplitude de defesa do 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 relativa¹⁹⁰.

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 termo, exceção, etc) intervenha para eliminar o vício. MASSA, C. *L'Acquiescenza nel Processo Penale*. p. 177.

¹⁸⁷ De acordo com Cordero afirmar que o ato divergente do modelo legal e aquele perfeito produzem as mesmas conseqüências 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*. p. 518.

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 um lado, a compatibilidade do poder dispositivo com o accertamento 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.

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 privado¹⁹¹. 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 nulidades¹⁹². Esta invasão do princípio da instrumentalidade das formas¹⁹³ no campo das nulidades absolutas corresponde a uma progressiva eliminação das nulidades absolutas¹⁹⁴, embora tal fenômeno ocorra de forma velada, muitas vezes socorrendo-se do princípio da proporcionalidade, como já visto¹⁹⁵.

Lopes Júnior 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)”¹⁹⁶. Evidentemente que o processo penal e os atos processuais deverão ser pensados como formas de proteção do

¹⁹¹ Para Pressuti, a tônica recaiu 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 aqueles 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”. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. p. 156.

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

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 legitima 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 saneados 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 Leone¹⁹⁷. 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 social¹⁹⁸. A nulidade somente será ditada pelo juiz quando capaz de “influenciar nocivamente” o restante do processo¹⁹⁹.

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 vícios²⁰⁰. Resta ainda, a fim de

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.

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 ‘efetivo prejuízo’: 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 exercitar 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 Concetto e le Specie D’Invalidità*. p.26.

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.

3.4.7 O Princípio da Estrita Jurisdicionalidade no Marco da Teoria 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 criminal²⁰¹. 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 inexecutáveis 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 cautelares²⁰². 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 disseminar um efeito catártico. As demais medidas acessórias como seqüestros 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 jurídico²⁰³,

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

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

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

a operar num esquema manifestamente voltado para situações da vida civil, com o conseqüente 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 rigorosa, 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 hibridismo²⁰⁴ 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 francesa²⁰⁵.

O presente tópico trata de expor as razões pelas quais este processo penal invadido por uma espécie de pragmatismo de caráter instrumental-teleológico não pode apresentar uma teoria das invalidades 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 jurisprudência²⁰⁶ contribuem para a

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 invalidades 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.II. p. 381.

²⁰⁴ Segundo Iasevoli a equivocidade 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.

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.II. p. 382.

manutenção de uma economia das formas extremamente solícita à corrupção da estrita jurisdicionalidade²⁰⁷. 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 penal²⁰⁸, correspondendo a um estado não apenas de subserviência disciplinar, mas de primevo 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 ditames de outra razão²⁰⁹. 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

²⁰⁷ Segundo Dinacci a jurisdicionalidade é percebida, sobretudo em uma função subjetiva na qual se determina em função da efetiva autonomia do juiz no momento decisional. A jurisdicionalidade pode ser derivada somente da aplicação das garantias jurídicas. Quem pratica o processo penal teria plena 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 v.g., continuam sendo aplicados princípios (ultrapassados) 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, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. p. 256.

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.

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 pela 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 funções²¹⁰ 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 tribunais²¹¹.

Finalmente, a denominação teleológica corresponde à designação d 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: máximo benefício com o menor custo²¹². 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

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*. Lisboa: Veja, 1992.

²¹¹ Cf LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

²¹² Aparece novamente no discurso da defesa social, em especial com Ferri: “Como después de Beccaria el derecho penal constituyente se desenvolvió 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 conquistas 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.

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 culpados²¹³ serão as categorias que reentram, pelo espaço lacunoso da anorexia sîgnica 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 cidadão²¹⁴. Uma teoria da invalidade que atenda à jurisdicionalidade deve abrir mão de alguns pontos até então incontrovertidos 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 processual²¹⁵. Como acentuará Dinacci, a invalidade do ato no processo é coisa bem diversa da invalidade do ato no direito civil e no direito administrativo²¹⁶. 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

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.

²¹⁵ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; ALMEIDA, Cibelle Barretto. 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.

estrutura dos atos jurídicos”²¹⁷. De acordo com Iasevoli, a necessidade de categorias dogmáticas próprias torna-se necessária para a supremacia da estrita jurisdicionalidade: 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 modelo²¹⁸.

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 absolutas²¹⁹). Todavia, se ao menos se trata de uma medida necessária, ainda é insuficiente para que se avance rumo à implementação de uma instrumentalidade constitucional²²⁰. A inobservância da forma não é outra coisa que uma violação das disposições processuais²²¹. 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”²²². 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.

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 é 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 invalidades 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 tem 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. 392.

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

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

Entretanto e para além, a própria legalidade é denunciada, pelos artífices deste pensamento enraizado na máquina inquisitorial, como mero formalismo, que merece ser rechaçado²²³.

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 conseqüências: 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 efficientismo persecutório para a partir de então, depositar as bases teóricas em novos pilares conceituais; b) a segunda conseqüência 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”²²⁴.

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 lócus de salvaguarda e tutela do débil. Sem esta consideração se torna inteligível uma reforma principiológica.

²²³ Entende o autor que é na prática explicação 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. Le 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*. Buenos Aires: Nova Tesis, 2005.

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.

3.5 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 eivado, 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 permanece exclusivamente numa dimensão jurídica, dali não avançando para outros campos. A determinação do desentranhamento da prova ilícita dos autos processuais revela uma salutar preocupação para como 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 próprio²²⁵.

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 maioria direitos fundamentais). A segunda espécie de inutilizabilidade seria a fisiológica, segundo a qual o ato é inidôneo a formar a prova a ser produzida na fase judicializada após a *indagine preliminare*²²⁶. A classificação estruturada por Galatini e Amodio pode se manter independentemente de um juizado 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 processuais²²⁷ 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.

A ilicitude da prova deriva da mesma ruptura da legalidade processual ou material que vicia a prova quando já instaurado o processo. Cuida-se de atos judicializáveis (mesmo que produzidos administrativamente, como no caso do inquérito policial) que produzem o efeito de não servir para acompanhar a denúncia, podendo inclusive a macular²²⁸. A sentença que valorar as provas referidas considerar-se-á também viciada²²⁹.

²²⁵ DELOGU, 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 cautelar 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.

²²⁸ “Com a locução ‘prova ilegitimamente obtida’ vem indicado não apenas o meio de prova ou de coleta da prova praticada com a violação de regra probatória que integra o requerimento, mas também o ato e seu

A “pena” de inutilizabilidade consistiria então, numa proibição de valoração dos atos processuais (probatórios) contaminados pela realização em desconformidade seja com as regras de direito processual ou de direito material. De acordo com Galatini, trata-se em efeito de hipóteses nas quais, mais que um empecilho à expensão da eficácia da prova, se trata de um útil emprego para fins decisórios, determinado a partir de sua própria essência, que estabelece os limites desde um ponto de vista gnoseológico²³⁰. Segue ainda o autor afirmando que a prova inutilizável é, contudo estéril, não podendo fornecer legitimamente algum juízo ou alguma decisão²³¹. Todavia, a simples ameaça de nulidade de uma sentença que levasse em consideração tais elementos proibidos se encontra severamente baseada numa concepção neutra do julgador, para não se falar em uma ingênua crença na bondade de poder.

Como acentua Cordero, a prova não consiste tão somente num ente jurídico, senão lógico. Para além da advertência do professor italiano, a prova pode escorregar também pelos valos do inconsciente, imune a qualquer tentativa de blindagem ou redução a uma nova linguagem²³². Mesmo que seja impossível de ser valorado expressamente na sentença, a decisão não é produto apenas dos significantes postos no documento. Para além do rastro que não permite a redução ao significante, existe uma margem de manobra intelectual capaz, de leguleio em leguleio, arrastar e canalizar a própria decisão de acordo com projeções mentais irredutíveis ao apagamento jurídico dos efeitos da prova inutilizável.

Mesmo que não desejasse, o julgador já tomou contato com a prova. E a partir de então, a exigência jurídica do esquecimento do material probatório já absorvido e comparado com o restante parece padecer de uma ingenuidade capaz de permitir a crença

conteúdo probatório executado em sede pré-processual; isso, mesmo não sendo afeito ao vício, vai extrometido pela sua natureza híbrida de ato intrinsecamente inidôneo a fornecer elementos probatórios em sentido estrito, que poderá, todavia produzir efeitos nas hipóteses individualizadas pelo legislador”. GALATINI, Novella. *L’Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p. 07-08.

²²⁹ Para Galatini a sentença na qual a motivação baseou-se em elementos que deveriam ser extrometidos resulta ‘viciada’ desde a base de pressupostos diversos, ao passo que se o ato fosse ‘tipicamente’ inutilizável (ou equiparável) não: no primeiro caso, a malformação se dá por conta de um dado que não se pode levar em consideração, assim, a imperfeição do provimento, por sua natureza não enquadrável em precisas definições, viola uma disposição a ser observada; na segunda hipótese, deve ao revés justificar como, na ausência de uma previsão de sanatória, o defeito deve necessariamente exteriorizar-se em um vício de motivação. GALATINI, Novella. *L’Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p. 17.

²³⁰ GALATINI, Novella. *L’Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p. 31.

²³¹ GALATINI, Novella. *L’Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p. 67.

²³² Segundo Cordero o defeito está em afirmar que a prova é um ente jurídico senão lógico, e não qualquer coisa juridicamente regulada; algumas de tais regras estabelecem limites de admissibilidade. CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 77.

na capacidade racional do esquecimento e da rememoração²³³. Esta proibição de valoração probatória com a consequência legal prevista corresponde ao tratamento racionalista maximizado, que crê na força sobre-humana do julgador, exatamente como laborava em semelhante crença o inquisidor. Este estado de hipostasia da racionalidade possui, como parece indubitavelmente demonstrar a crença na bondade do poder, uma feição racionalista e instrumental que exige do juiz muito mais do que pode oferecer. O resultado é justamente a ineficácia do dispositivo normativo que regula a inadmissibilidade da prova e sua consequente inutilizabilidade. Os efeitos – embora não aqueles jurídicos e passíveis de controle via fundamentação da sentença – não são sequer minimizados.

De toda sorte, a noção jurídica da inutilizabilidade tão somente foi trazida à tona com o fito de demonstrar duas circunstâncias. A primeira diz respeito à distinção existente entre a inutilizabilidade do direito processual penal italiano e o princípio da inutilização do ato processual penal nulo. Por inutilização não se deve compreender aqui a simples e ingênua regra de proibição valorativa do ato viciado em sede sentencial. Inclusive se trata de algo bastante óbvio, que poderia ser perfeitamente explicado pelo princípio da causalidade em matéria de nulidade. Se o ato inválido aparece na sentença, o vício do primeiro se transmite ao ato decisório.

Inutilização do ato processual nulo significa a retirada ou mesmo o desentranhamento dos autos do ato irregularmente praticado. A destruição física teria o condão de minimizar as distorções e projeções mentais que o ato inválido, ao permanecer no processo estaria ainda a impingir ao julgador. Desta forma, a simples proibição valorativa é insuficiente para se garantir o distanciamento necessário entre o ato cognitivo e o de julgar. A segunda circunstância aqui apontada reside na circunstância de que não apenas as provas ilícitas ou ilegítimas devem ser desentranhadas dos autos. O ato nulo também deve ser retirado do processo pelas mesmas razões que a ilicitude ou ilegitimidade em matéria probatória exigem. Como aponta Lopes Júnior, “com a decretação da nulidade deve haver a privação dos efeitos ou a proibição de valoração probatória.”²³⁴ De acordo com a posição aqui sustentada, seria preciso inclusive expandir o efeito de inutilização

²³³ Para Delogu se o ato de demanda relaciona-se com o modo de ser ou o conteúdo não dispõe de todos os requisitos exigidos pela lei é evidente que como isso infringe uma tipicidade necessária, não está apto a produzir efeitos; se o juiz vinculá-lo ao mérito, como consequência deverá ser declarado inadmissível. DELOGU, Tullio. *Contributo alla Teoria Della Inammissibilità del Diritto Processuale Penale*. p. 100.

²³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 400.

(desentranhamento) da prova ilícita para a teoria das nulidades, tendo-se em vista a relação jurídica existente entre ambas: a prova ilícita em sentido lato nada mais é do que uma espécie do gênero nulidade. Assim sendo, nada mais racional do que simetrizar as conseqüências jurídicas do desrespeito à forma, seja o ato processual probatório ou não. De acordo novamente com Lopes Júnior ao examinar o defeito insanável: “não havendo nada mais a ser feito para restabelecer a regularidade do processo, sendo a decretação da nulidade, com a respectiva ineficácia e desentranhamento das peças, o único caminho possível.”²³⁵

Cordero aponta dois efeitos da declaração judicial de nulidade: o primeiro é a substituição do ato por outro. O segundo é a exclusão daquele praticado irregularmente²³⁶. Como se poderá ver no decorrer do capítulo, a declaração de nulidade e a conseqüente inutilização do ato processual nulificado trarão alguns problemas principalmente para questões probatórias, especialmente na sua relação com as denominadas provas irrepitíveis. De modo que a nulidade de um ato probatório irrepitível poderia, em tese, deixar uma lacuna probatória incapaz de ser preenchida. No entanto, no momento, basta pensar-se que a exclusão do ato nulo deve ser uma conseqüência incontinenti dos efeitos constitutivos negativos da decisão de nulidade. Trata-se, a fim de manter-se uma concepção de *fair trial* que inebria o processo penal, de uma medida inarredável. Certamente objeções - principalmente daqueles ligados à vetusta e derrisória (em termos de processo acusatório) verdade real ou substancial – haverá. No entanto, a fim de minimizar o ranço inquisitorial, é preciso excluir dos autos o ato nulo, para que não repristine, invisível e veladamente, os próprios efeitos a serem produzidos pelo ato eivado em irregularidade.

Além da exclusão do ato processual nulo, a segunda conseqüência apontada por Cordero é sempre contingente. Poderá haver a repetição do ato nulo nos casos em que seja possível fazê-lo. No entanto, a repetição do ato não pode ser levada a cabo quando ainda se encontram nos autos a documentação do ato nulificado. Esta proibição terá uma íntima conexão com o que se pode chamar de “proibição de obtenção de vantagem jurídica a partir da declaração de nulidade”. Seria um verdadeiro absurdo permitir-se que, a partir da repetição do ato possam as partes, embora tal vedação deve ser endereçada especialmente

²³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 399.

²³⁶ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. p. 445.

ao magistrado, aperfeiçoá-lo. Pense-se no caso de uma oitiva de testemunha anulada. Na prática dos foros o que ocorre é uma mera ratificação do depoimento anterior, tendo-se em vista que o juiz toma o depoimento inclusivo traçando paralelos entre o que fora dito no depoimento anulado e no repetido. Ao realizar um cotejo entre os depoimentos, parece claro que o segundo permitirá, de acordo com o objetivo do ato²³⁷ e sua respectiva condução, aperfeiçoar uma tese ou projeção, desqualificar a testemunha (em termos de depoimento contraditório), para não se falar na possibilidade de se chegar a uma situação jurídica beneficiada por um ato inválido.

Desta maneira, parece que a exclusão física do ato nulo dos autos processuais é uma medida que permite reduzir-se, até certo ponto, a possibilidade de obtenção de uma vantagem jurídica a partir de um ato inválido anterior. Pelo que foi exposto, é preciso aceitar-se que o princípio da inutilização do ato processual penal nulo é perfeitamente transplantável do desenvolvimento doutrinário baseado na prova ilícita. Contudo, as mudanças que merecem ser destacadas em relação à temática da inutilizabilidade concentram-se em dois pontos: a) não basta confiar na “bondade do poder”. É preciso que o ato processual nulo seja retirado dos autos, pelas razões alhures referidas; b) mesmo que seja desentranhado o ato viciado, o julgador que tomou contato com o ato nulo não pode ser o mesmo que decide. Deve-se reconhecer que a cognição de informação juridicamente inválida não pode ser bloqueada com meras técnicas que atuam no plano estrito da racionalidade. O aspecto psicológico da decisão²³⁸, amiúde negligenciado pela doutrina e jurisprudência bem como o primado das hipóteses sobre os fatos (Cordero) que deveria ser reduzido (embora se não possa falar de erradicação), são pontos manifestamente obscuros para um positivismo monológico que não reconhece papel a outros saberes²³⁹.

²³⁷ GALATINI, Novella. *L’Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p. 94.

²³⁸ “A consideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador, faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveriam merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora tem-se pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, conforme já explicamos em outra oportunidade, o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. p. 558.

²³⁹ “Na mesma linha de redução ao alcance da contaminação, são comuns os acórdãos dos tribunais brasileiros que, reconhecendo que no processo existe uma prova ilícita (ou nulidade processual), não anulam a sentença por entenderem que não ficou demonstrado que a decisão se baseou na prova ilícita. Assim, se o juiz não mencionou expressamente na fundamentação a prova, demonstrando a importância na formação de sua

Ao se admitir o comprometimento psíquico do julgador²⁴⁰ que toma contato com um ato processual nulo, seria de se reconhecer a existência de uma exclusão de competência derivada de ato judicial anterior inválido. A invalidade de um ato processual, reconhecida judicialmente, constituirá a *fattispecie* de uma exclusão de competência. A justificativa epistêmica, para além de um simplismo formalista que atribuiria tal feição ao âmbito legislativo (*de lege ferenda*), com a delegação de poderes inerente, reside na natureza dúplice da decisão que reconhece a invalidade. Se por um lado é possível atribuir-se-lhe o carácter constitutivo negativo (declaração de imprestabilidade do ato defeituoso), esta declaração também operará no plano de um requisito normativo. A declaração de nulidade constitui-se como uma hipótese normativa de exclusão de competência do julgador, afastando o juiz que toma contato com o ato viciado do julgamento do processo. Como é possível perceber-se, o desentranhamento do ato processual penal apesar de constituir medida imprescindível, todavia não é suficiente. A exclusão da competência do juiz cujo ato inválido realizou-se sob sua responsabilidade fiscalizatória aproxima o processo penal de uma matriz acusatória. Como afirma Lopes Júnior, “pensamos ser o desentranhamento uma medida imprescindível para a redução dos danos ao processo do ato defeituoso. Em caso de ato processual de natureza probatória, mais do que o desentranhamento da prova, deve-se ‘desentranhar o juiz’.”²⁴¹

Como Cordero brilhantemente exporá não se pode confundir as regras processuais com psicologia. No procedimento, os “circuitos mentais do operador se esparramam para fora da norma²⁴². Torna-se impossível esquecer aquilo que se tomou conhecimento

convicção, dificilmente a sentença será anulada”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. p. 558.

²⁴⁰ “Ao permitir que o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita venha a proferir a sentença ou acórdão, os avanços alcançados por meio da Lei 11.690 ficam minimizados, porque a norma do § 4º do art. 157 foi o mecanismo mais eficiente encontrado para realmente impedir que o julgador forme seu convencimento com base na prova obtida ilicitamente”. QUEIJO, Maria Elisabeth. O Tratamento da Prova Ilícita na Reforma Processual Penal. *In Boletim do IBCCRIM*. a. 16. n. 188., 2008. p. 19.

²⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 400.

²⁴² “Supongamos que el investigador se la hubiera formado interrogando a la persona con la cual trabaja, sin advertir al defensor (arts. 350, apdos 1º a 3º, y 364, párr 16); violó una norma importante y actos semejantes nacen inválidos, pero ninguna norma lo obliga a olvidar todo lo que sabe, pues no debemos confundir procedimiento con sicología. Aquí no hay contagio de fuentes impuras. El anónimo, por ejemplo, suministra rico alimento a la *inteligencia*; y no es práctica fuera de la ley; y al exigir que no sean de ‘ningún modo’ usados los respectivos vehículos (cartas, llamadas telefónicas, etc), el artículo 240 contempla los usos procesales, o sea una serie de actos. Los circuitos mentales del operador caen fuera de la norma. No importa qué le pasa por la cabeza: tal vez desembrolla consecuencias inductivas o sigue iluminaciones intuitivas, aplicando a manera de médium un misterioso método del ‘no sé cómo’, o trabaja, con palabras infladas por

mediante formas alternativas de cognição. Evidentemente haverá comprometimento da função judicativa ao se permitir que o mesmo juiz que presidiu a realização de um ato inválido possa futuramente julgá-lo.

Desta forma, em síntese, a extromissão do ato processual inválido é uma medida que se afasta da gestão ilegal da prova própria do sistema inquisitorial²⁴³. Entretanto, o desdobramento do princípio da inutilização do ato processual penal nulo exige a substituição do juiz que presidiu a realização do ato processual defeituoso. Assim, a declaração judicial de invalidade do ato processual corresponderá a uma hipótese de exclusão de competência, a fim de se garantir a imparcialidade do julgador²⁴⁴.

A seguir será examinado o princípio da preclusão probatória em matéria de nulidades, cuja importância, sobretudo diz respeito à relação da nulidade com as provas irrepetíveis. É o que será abordado a seguir.

3.6 Princípio da Preclusão Probatória: limites à produção da prova

Na continuidade da análise da reforma principiológica da teoria das nulidades, insta analisar-se a problemática referente à repetibilidade do ato nulo. O âmbito de maior alcance deste princípio se dá sobre o ato processual probatório e é sobre ele que recairá a atenção aqui dispensada. Como é cediço a doutrina aponta duas espécies de prova no que diz respeito à possibilidade de refazimento do ato processual. A primeira e mais usual, denomina-se prova repetível, que via de regra torna possível que uma mesma fonte de prova possa realizar-se ao menos duplamente. De outro lado, tem-se a prova irrepetível, que não obstante sua excepcionalidade traz problemas de difícil resolução para o processo penal contemporâneo.

los informadores; sea habilidad analítica, retina, casualidad o sugerencia llegada de fuera, la operación vale con tal que resulte conforme con los requisitos, ninguno de los cuales atañe a la interioridad síquica”. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. p. 195.

²⁴³ A extromissão da prova ilegítima resultará aceitável a partir do momento que a sua influência possa se dar sobre o conhecimento da autoridade judiciária, em seu livre convencimento. GALATINI, Novella. *L’Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. p. 118.

²⁴⁴ “La imparcialidad del tribunal resulta un principio esencial del proceso penal, y de no existir, las otras garantías carecerían de sentido; el juez no sólo no debe actuar de oficio sino que incluso de ninguna manera debe involucrarse en tareas persecutorias o acusatorias (vgr., interrogar inquisitivamente al imputado en el debate), y, por el contrario, debe mantener un rol pasivo, desempeñando funciones estrictamente decisorias”. ARES, José Luis. Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales: jurisdiccionalidad limitada en materia punitiva como exigencia del principio constitucional acusatorio. *In Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*. n. 5, 2008. p. 775.

A prova irrepitível, como o nome está a induzir é aquela que pode ser coletada apenas uma vez no curso do processo sem prejuízo de suas qualidades. Geralmente cuida-se de uma prova qualificada pela incidência dos mecanismos da tutela de urgência, o que leva à aplicação da medida cautelar de produção antecipada de provas para a sua realização. Como se pode notar trata-se de prova que deve ser imediatamente realizada, tendo-se em vista que o decurso do lapso temporal pode comprometer a qualidade dos indícios do crime. A doutrina processualística civil enfrenta a temática recorrendo ao conceito de *periculum in mora*, a fim de explicar como o fator tempo pode obstaculizar e até mesmo tornar ineficaz o instrumento para a satisfação de um interesse (processo). No processo penal, os indícios da prática de um delito (*fumus comissi delicti*) somados à possibilidade de perda da qualidade da prova com o passar do tempo (*periculum in mora*) ensejam que a busca pela caracterização da materialidade do delito seja antecipada inclusive ao processo. De regra, nos crimes que deixam vestígios (delitos materiais) torna-se necessário produzir-se a prova como que imediatamente. Nesse sentido, a reforma de 2008 trouxe uma substancial modificação. Ao revés de tal prova cingir-se ao inquérito policial, com toda a sorte de limitações de cognição (horizontal e vertical), a cautelar de produção antecipada de prova torna esta prova judicializada, implicando na ampliação do leque de manifestação principiológica a lhe permear.

Entretanto, se tal prova irrepitível for considerada nula, como proceder? Anteriormente falou-se no princípio da inutilização do ato processual penal nulo, que deve ser retirado dos autos. Quando o ato processual possuir a natureza repetível, a consequência da declaração judicial de nulidade é a extromissão do ato defeituoso dos autos com o consequente refazimento do mesmo ato perante outro magistrado. De lembrar-se aqui que o princípio da inutilização do ato processual nulo implicitamente traz como consequência inafastável a consagração da declaração de invalidade como causa de exclusão de competência.

Seria possível então, pensar-se a declaratória de nulidade como uma decisão de caráter invalidante e ao mesmo tempo requisito normativo para a hipótese de exclusão de competência. Cordero, ao tratar dos poderes instrutórios afirma que convém referir-se ao conceito de poder instrutório: se este poder não é admitido porque a lei não autoriza, então

o ato é inválido e não se pode levar em consideração a prova²⁴⁵. A aproximação aqui realizada parte de similar linha argumentativa. Se o juiz que presidiu a instrução permitiu a realização de ato processual inválido, evidentemente tomou contato com material probatório. Este contato impuro com fonte informacional inválida contamina qualquer espécie de decisão sobre o mérito que o juiz possa tomar. A exclusão da competência que opera a partir da declaração de invalidade (elemento normativo) caracteriza a decisão prolatada indevidamente como carregada de anormalidade. O juiz que decide processo no qual foi detectado e declarado ato processual nulo é manifestamente incompetente para o julgamento do processo, dado seu comprometimento psíquico. Cordero vai ao ponto quando trata da questão referente à nulidade: de um lado, a renovação do ato processual falho. De outro, a necessidade de se evitar as ilações que tal ato possa acarretar ao ato final, justamente a decisão de mérito. Aqui também ingressa a pergunta formulada por Cordero: a obra historiográfica do juiz pode valer-se da experiência cognoscitiva produto de uma atividade em desconformidade ao direito?²⁴⁶ Havendo a parcialidade do magistrado, há que se reconhecer até mesmo a própria invalidade do processo. Como sustenta Pellingra, quando o juiz não é imparcial, e imparcial não pode ser colocando-se em particular condição subjetiva no confronto com uma das partes do processo, a relação é de ser reconhecida inválida²⁴⁷.

Não se pode deixar de considerar que tal possibilidade poderia ser inclusive contemplada numa espécie de exceção de parcialidade do juiz (Lopes Júnior), caracterizada como uma verdadeira distorção do processo penal²⁴⁸. Inclusive, seria possível recorrer-se ao conceito do processo penal italiano da *abnormità*²⁴⁹. Trata-se de uma causa de

²⁴⁵ CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. p. 81.

²⁴⁶ CORDERO, Franco. Prove Illecite nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 1. 32.

²⁴⁷ PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. p. 185.

²⁴⁸ De acordo com Tranchina outra distorção que o procedimento cumulativo que ‘as dimensões mastodônticas’ acentua consiste naquela que se define como ‘crise de identidade’ dos órgãos processuais: em particular, do órgão da decisão, o juiz instrutor que, principalmente neste tipo de processo é desafiado a confundir o próprio papel, que deve ser aquele autenticamente jurisdicional, de sujeito equidistante das partes, com o papel de acusador, isto é, de parte por excelência. E de fato esta confusão de papéis que, em uma espécie de quase um pirandelliano ‘jogo das partes’ perfaz este processo de marca inquisitória, se satisfaz com esse processo cumulativo que se exalta no próprio esquema inquisitório e que assim, encontra, como a fatal metástase, sua própria razão de existir. TRANCHINA, Giovanni. *Processo Penale e Società*. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxix. n. 1. Milano: Giuffrè, 1986. p. 42.

²⁴⁹ Para Catalano constitui provimento anormal aquele que, pela singularidade e a estranheza de seu conteúdo, está para além das normas legislativas e do inteiro ordenamento processual, que não se subsume nos poderes

invalidade do ato processual penal ligada a um excesso de poder do magistrado, que exorbita suas atribuições processuais. Basicamente radicada no déficit de imparcialidade, que pode ser considerado na trilha de pensamento de Werner Goldschmidt como princípio básico do processo, a *fattispecie* decorrente da declaração de invalidade processual inviabiliza o prosseguimento do procedimento sob a responsabilidade de um juiz que tomou contato indevido com material informacional antijurídico.

Superado este momento inicial, a prova irrepetível impede a concretização de uma das conseqüências geralmente levadas em consideração pela doutrina processual penal como universais: a repetição do ato nulo. De regra, o ato processual inválido deve ser refeito. Todavia, quando não for possível fazê-lo, deveria excepcionar-se o princípio da inutilização do ato processual penal nulo, mantendo-se nos autos a documentação nulificada ou apostar numa estrutura rígida do princípio, cuja conseqüência via de regra conduziria a uma lacuna probatória?

Em primeiro lugar, restringir-se a aplicação do princípio da inutilização do ato processual penal nulo conduziria paulatinamente a uma gradativa ampliação das zonas de exceção, possivelmente comprometendo a estrutura de proteção do acusado. Segue-se que esta inadmissibilidade encontra fundamento, num segundo momento, nas mesmas razões pela quais a categoria de *equipollenza* não pode se sustentar. Como aponta algum setor doutrinário, a tipicidade processual permitiria a realização dos atos processuais de diversas maneiras, alterando-se, em conformidade com esta dinâmica, os espaços eficaciais²⁵⁰. Em outras palavras, a realização do ato processual em desconformidade com o modelo normativo acarretaria a imprestabilidade para tal ato atingir em certos casos, determinados efeitos. No entanto, com o advento das denominadas sanatórias haveria a convalescença do ato, tornando-se hábil a produzir os mesmos efeitos. Tal justificativa, para além do saneamento, seguiria o regime da tipicidade substitutiva ou alternativa cujo ato substituto em relação àquele legal desencadearia os efeitos que seriam esperados do estereótipo

do órgão judicante por que incompatível com os princípios gerais do sistema. CATALANO, Elena Maria. Giurisprudenza Creativa nel Processo Penale Italiano e nella Common Law: abnormità, inesistenza e plain error rule. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXIX, 1996. Milano: Giuffrè, 1996. p. 300. Cf SPANGHER, Giorgio. Problemi di Incompatibilità e Precedente Sentenza Istruttoria. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXIV. Milano: Giuffrè, 1981.

²⁵⁰ Um novo ponto de reelaboração do sistema de nulidades seria justificado por uma plataforma de equilíbrio entre dois valores essenciais do legislador delegante: o da legalidade (que elimina qualquer forma de arbítrio) e aquele da celeridade (que se opõe a qualquer instrumentalização dos mecanismos processuais). DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. p. 233.

normatizado. O principal problema é que o ato *equipollente* (alternativo) além de ferir o princípio da legalidade processual, conformaria uma utilização alternativa do ato inválido. Como expressa Podo um ato nulo pode ser utilizado pelo ordenamento como fato jurídico de diversa espécie, ainda que seja por si qualificável como tal²⁵¹. Esta perspectiva alarga o princípio da economia processual, já que mesmo que o ato processual não esteja em consonância com o regime normativo, de alguma maneira seria possível extrair-se alguma utilidade de sua prática. E para além, se tornaria impossível a convivência harmônica com o princípio do interesse. Nas palavras de Galati, se se considera que o ato imperfeito pode atingir a mesma relevância que o ato perfeito somente se se segue um fato que subroge a imperfeição, deve necessariamente negar-se valor de sanatória ao comportamento que dá ou concorre a dar causa à nulidade²⁵². Afinal, diante da sanatória, seria desnecessário avaliar a legitimidade da alegação e mais do que isso, a prática do ato inválido deixaria de ser uma causa de saneamento a se manifestar no juízo de oponibilidade da invalidade. Assumir uma função residual de sanear o ato apenas na ausência de outra causa de convalidação demonstraria o caráter altamente plástico e funcional dos atos processuais, sempre orientados num sentido utilitarista hipertrofiado. Nesse sentido é justamente a posição de Galati, para quem um sistema que, em qualquer hipótese, negasse relevância ao ato imperfeito seria ‘muito simplista’ e implicaria, como é exatamente observado, o inconveniente de dever recomeçar do início e com notável atraso, em contraste com a exigência de presteza da justiça²⁵³. Como se nota, a preocupação principal do autor passa à margem dos problemas contemporâneos do processo penal relativos à concretização dos direitos fundamentais no âmbito da acentuação dos aspectos repressivos que aquele assume. O espectro abordado cinge-se à aceleração do processo, o que torna possível a concepção da nulidade como mero obstáculo, cuja não-superação leva o processo novamente ao marco inicial, comprometendo a sua velocidade. Efetivamente, este sim, um pensamento por demais primevo e simplista, ao contrário da imputação feita à corrente que encontra nas formas processuais limites significativos ao poder punitivo.

²⁵¹ PODO, Carla. Sull'Utilizzabilità degli Atti Probatori Assunti in un Dibattimento Dichiarato Nullo per Vizio di Costituzione del Giudice. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. ix. v. 3, 1966. p. 854.

²⁵² GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 49.

²⁵³ GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 13.

Uma segunda justificativa para se denegar uma orientação instrumentalista-funcional-teleológica do ato processual esbarra na degeneração do processo penal a um procedimento de subordinação deste aos fins do direito material, o que leva aos mesmos problemas detectados anteriormente e a tais razões faz-se a devida remissão.

Se não é possível manter-se nos autos o ato nulo e a prova documentada é retirada dos autos, sendo irrepetível, como proceder? Uma vez mais, há que se recorrer aos mesmos caminhos traçados quando da análise que pondera de um lado, os denominados limites formais à verdade, próprios do Estado Democrático de Direito e de outro, o substancialismo inquisitório, cuja procura pela verdade inaugura as indelévels estética da confissão e economia penitencial.

Há que se ter em mente que a realização de um ato processual inválido não se desconecta do conceito de ato ilícito processual, tratado por Fenech. O autor espanhol explica que “el acto ilícito procesal se da cuando se ha utilizado un acto procesal para un fin, o con un contenido distinto de aquellos establecidos por la Ley, conculcando así una norma procesal penal (bien sea procesal penal *stricto sensu*, bien de ética o de policía procesal), o una norma penal material”²⁵⁴. Deveria ser diferente com os problemas relativos à teoria da nulidade? Acredita-se que a resposta deva ser negativa. Mesmo que não seja defensável a proposta de Fenech acerca de um ato ilícito processual na esteira de uma vinculação à teoria dos atos jurídicos, não é de todo equivocado pensar-se a invalidade processual como uma forma de ilicitude material. A questão de fundo a ser refletida tangencia a limitação epistêmica que torna o processo penal um centro de acoplamento de funções de política penal, convergindo para um estatuto repressivo maximizado, a cancelar as propostas (muitas delas absolutamente iníquas) de um direito penal funcionalizado. A limitação probatória que neste caso se vê conexa à teoria das nulidades incide justamente numa opção pela renúncia ao todo, à verdade substancial²⁵⁵. Se o ato processual viciado não deixa de consistir numa forma de ilicitude material (ilicitude axiológica) como seria possível pensar-se na defesa de sua manutenção nos autos?

²⁵⁴ FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. v. I. p. 522.

²⁵⁵ Iasevoli chama a atenção para os interesses contrapostos no processo penal em relação às nulidades, afirmando que não se pode excluir a priori a operatividade do princípio dispositivo, sempre que isso se adéque ao desenvolvimento das exigências do próprio processo. O problema principal é representado, assim, pela circunscrição dos limites entre interesse público no accertamento da verdade e os interesses das partes na atuação dos poderes atribuídos pelo ordenamento. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p.261.

Cordero, ao examinar a prova ilícita adverte que quando se diz que o legislador entraria em contradição consigo quando consentisse valorar a prova de origem ilícita, se permanece no limite de uma intransigente profissão de fé em certa jensenista maneira de conceber a ‘luta pelo direito’²⁵⁶. Esta posição do pensador italiano, confirmada pelo posicionamento massivo doutrinário e jurisprudencial trabalha a partir da admissão de exceções à valoração da prova ilícita, algo por decerto intolerável no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

No marco deste Estado, falar-se em limitação probatória não significa apenas tratar dos meios adequados ao justo cumprimento da cláusula *due process*. A dimensão da forma processual, muitas vezes relegada à tão somente uma faceta formalística dos interesses em jogo exige uma reforma que a coloque em diálogo com a teoria da prova. Não é por outra razão que a prova ilícita aqui foi tratada como uma espécie do gênero nulidade. A declaração judicial de nulidade de uma prova irrepitível significa torná-la juridicamente imprestável. Apesar de sua natureza peculiar, não é possível encontrar argumentos, a não ser exclusivamente arvorados num substancialismo inquisitorialista para se postular e advogar a sua permanência nos autos²⁵⁷. Há aqui que se chamar atenção para as palavras de Battaglia, para quem com o sistema autoritário, não existem pessoas interessadas no acerto das violações procedimentais: e ninguém vigia mais a sua observância²⁵⁸. A limitação probatória e principalmente a dimensão da prova irrepitível no marco da teoria das nulidades determina que aquela prova nula, independentemente de sua natureza, seja desentranhada.

O Código de Processo Penal brasileiro, ao tratar dos chamados exames de corpo de delito (infrações que deixam vestígio) exige, num primeiro momento, a perícia como prova única a comprovar a materialidade do delito. Num segundo momento, abre exceção que torna infrutífera a regra insculpida no art. 168, ao permitir o denominado exame indireto, cuja prática distorcida permite que depoimentos testemunhais inclusive supram a prova

²⁵⁶ CORDERO, Franco. Prove Illecite nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 1. p. 33.

²⁵⁷ “Tampouco entendemos que a irrepitibilidade da prova nula seja um argumento válido para mantê-la nos autos. Se a prova é irrepitível, com mais razão devem ser observados todos os requisitos formais que a lei exige para a sua produção. E mais do que isso, deveria ter sido praticada através do incidente de *produção antecipada de provas*, ante o juiz e com todas as garantias para a defesa.” LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 406.

²⁵⁸ BATTAGLIA, Achille. *Processo Alla Giustizia*. P. 119.

ausente. Para se aumentar a contradição interna, o art. 564 estabelece que a falta de exame de corpo de delito possa acarretar a nulidade do processo.

Em primeiro lugar, a nulidade da prova irrepitível apenas poderá conduzir a um exame indireto quando se evidenciar a sua impossibilidade de repetição. Todavia, a documentação anulada não poderá servir de embasamento ao exame indireto, pois equivaleria a uma ratificação do ato nulo, o que resultaria inadmissível. Por seu turno, a declaração de nulidade diante da ausência do exame de corpo de delito é absurda. Se no processo não existe prova da materialidade, a declaração de nulidade terá o condão de fazer surgir tal prova? Certamente, está-se diante de um caso de absolvição, a ser tutelado pelo princípio da escusa absolutória, que será examinado na seqüência.

Uma opção pela limitação cognitiva diante de um ato processual penal nulo, mormente na prova irrepitível é exigência de um abandono à verdade substancial²⁵⁹. A solução que melhor se amolda ao processo penal acusatório corresponde àquela que determina a exclusão dos autos do processo, mesmo em se tratando de prova irrepitível. O déficit cognitivo próprio da perda da qualidade da prova ou mesmo a sua impossibilidade de produção, mesmo que parcial é uma conseqüência da ilicitude material que acompanha a desqualificação jurídica da má formação probatória.

A vedação da permanência nos autos da documentação que colheu os elementos probatórios, na prova irrepitível não é a única conseqüência. Mesmo que se admitam formas alternativas de prova referentes principalmente à materialidade do delito, nenhum destes meios de prova permite a realização a partir do conteúdo informacional contido no ato viciado. Efetivamente, a prova não pode ter como marco inicial, v.g., a perícia realizada por apenas um perito não oficial. As conclusões e quesitos respondidos pelo perito serão declarados inválidos, pelo que a sua exclusão dos autos deve ser realizada antes mesmo do refazimento do ato. Insista-se: a perícia nula não pode servir de ponto de partida para uma nova, sob a conseqüência absurda de tão somente proceder-se a uma ratificação daquela nula anteriormente realizada. Finalmente, a inexistência da prova irrepitível no processo

²⁵⁹ Para Dinacci a desenfreada arrogância de pretender do juiz o accertamento de uma ‘verdade absoluta’ (premissa que determinava assim uma corrupção do princípio *in dubio pro reo*) não apenas não tinha explicação mas se colocava em contraste com todo um processo histórico de renovação, que, no regime de prova legal, substituiu aquele do livre convencimento. DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. p. 14.

não pode ensejar a declaração de nulidade, pena de violação do princípio da escusa absoluta, como será posteriormente demonstrado.

O princípio da preclusão probatória poderia ser conceituado como a lacuna probatória decorrente de nulidade em prova irrepitível, que impede o refazimento de ato processual a partir de informações contidas naquele ato nulificado. A realização precária de ato processual irrepitível gera o efeito de fazer com que o ato probatório seja perdido. E mais do que isso, a limitação informacional daí advinda determina que o Estado deveria ter se preocupado com a realização correta dos procedimentos. A perda da prova é consequência deste atuar relapso do Estado relativamente às regras processuais dos atos.

A limitação cognitiva inerente à prova irrepitível, como é possível concluir-se, decorre da conformação constitucional da forma processual, pelo que é possível diagnosticar três falsos pontos de vista: a) que a nulidade não atinge a substância do ato; b) que a nulidade é uma mera causa de retardo processual; c) a sua construção a partir do conceito de ofensividade processual, pelo qual somente seria declarada a invalidade em casos extremamente graves²⁶⁰. A matriz constitucional que nutre as nulidades processuais traceja uma clara opção pela colocação de limites probatórios em relação àquela ilimitação policialesca do sistema inquisitorial²⁶¹. O comprometimento da prova acusatória, frente à nulidade da prova irrepitível é consequência que deve ser aceita se se quiser manter determinados freios à ambição da verdade totalizante que organizou um sistema processual no qual o sujeito era considerado mero objeto de investigação próprio da Inquisição²⁶².

²⁶⁰ Iasevoli arrola três grandes blocos de críticas que fazem da nulidade algo formal e dispensável: a) a convenção que a nulidade nem proteja a substância ou interesses imprescindíveis da coletividade, mas que ela cuida de sancionar irregularidades formais, inerentes à morfologia dos atos; b) a colocação da própria nulidade entre as causas de atrasos inadmissíveis do processo e de inúteis regressões do mesmo; c) a perspectiva de uma reforma inspirada essencialmente no princípio de ofensividade processual, restringindo o âmbito de atividade da sanção circunscrito apenas aos casos de vícios postos em tutela de interesses indisponíveis. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 202.

²⁶¹ Para Iasevoli a intervenção reformadora de 1955, movendo-se na intenção de aperfeiçoar o processo junto aos princípios constitucionais, se traduz na obra de infiltração de garantias do indivíduo num tecido claramente inquisitório, no qual a inadequação do corpus normativo da nulidade era provocada pela lógica inquisitória que condicionava a disciplina e a orientação interpretativa. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 163.

²⁶² Para Tranchina com o processo macrosômico se está diante de uma plena involução inquisitória: sempre mais inquisição, sempre menos processo! A garantia assegurada pela presença do órgão da jurisdição, aquela própria garantia que transforma um cerimonial qualquer na verdadeira liturgia processual, aparece como repleta de 'sonho e de desvanecimento. TRANCHINA, Giovanni. *Processo Penale e Società*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxix. n. 1.

Um dos passos centrais para se admitir que a nulidade possa ensejar inclusive a falência da acusação, ao lhe corroer as fontes ou meios de prova é concebê-la como imediatamente relacionada aos direitos fundamentais, bem verdade. No entanto, do ponto de vista teórico, a nulidade não é mera categoria que implica em retardo processual. Este fardo ligado à economia processual é um dos principais motivos pelos quais o tratamento das nulidades é em demasia superficial. Em primeiro lugar, nem todo ato nulo conduzirá a um necessário refazimento. A prova irrepetível de regra não permitirá a renovação da prova, com o que se poderia falar inclusive numa limitação probatória intrínseca à declaração de invalidade do ato processual. Em segundo plano, a nulidade compromete também a substância do ato, não constituindo, como boa parte da doutrina costuma lhe imputar, um mero aspecto formalista, desapegado do conteúdo do ato: o erro *in procedendo*. Esta visão inclusive permite que, sob a ótica da economia processual, a nulidade seja considerada um estorvo. Se a nulidade conduz ao refazimento do ato e, além disso, em nada afeta a sua substância, por que declará-la se o ato refeito será praticamente o mesmo? Prefere-se, portanto, ignorar o defeito do ato e afirmar, dentre outras escusas, que ocorreu uma sanatória. Como afirmar que a violação ao devido processo legal possa constituir-se em mera formalidade e que a substância dos atos processuais não foi comprometida? De acordo com Binder “a inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental com que conta o cidadão, porque é a única que permite às demais terem uma vigência efetiva dentro do processo penal”²⁶³. Parece que a maioria da doutrina e da jurisprudência se coloca, mesmo inconscientemente, na contramão do pensamento exposto pelo processualista argentino. Não se pode esquecer que no processo penal, determinados campos, certos temas são absolutamente proibidos. Trata-se do campo da inadmissibilidade da prova. Em segundo lugar, algumas áreas da vida privada apenas podem ser atingidas mediante autorização judicial (formalização de restrição aos direitos fundamentais). Em terceiro ponto, existe um espaço de “pura formalização”, que trata da legalidade da prova e proíbe a inclusão de informações provenientes de boatos, rumores, testemunhas anônimas, etc²⁶⁴. Estes três níveis são absolutamente intercambiáveis e dinâmicos, mantendo uma

²⁶³ BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. p. 115.

²⁶⁴ BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. p. 134.

lógica própria. Da mesma forma, as nulidades existem nos mesmos três níveis. Um campo de formalização, embora importante, não é o único.

Em síntese e para finalizar o presente tópico, o princípio da preclusão probatória indica que a nulidade possui natureza substancial, justamente por ser capaz de determinar a perda do material probatório, quando se estiver diante de prova irrepetível. Quando, no entanto, se encontrar diante de prova repetível, a coleta do material probatório será perfeitamente possível, desde que não orientada e estruturada a partir da informação viciada imanente ao ato cuja declaração de invalidade fora decretada pela autoridade judiciária.

A seguir, será posto a exame de um novo princípio da teoria das nulidades no processo penal. Trata-se do princípio da escusa absolutória.

3.7 Princípio da Escusa Absolutória (Proibição da Declaração de Nulidade do Ato Processual Nos Casos de Absolvição)

O processo penal não é um modelo equilibrado de direitos e deveres processuais. A instrumentalidade constitucional do processo penal opera a partir da hipossuficiência do acusado em relação ao Estado, o que determina a necessidade de concessão de determinadas vantagens processuais, capazes de o colocar em uma situação jurídica de preservação relativa quanto à possibilidade do erro judiciário. A tutela do débil, no processo penal, diz respeito à concretização daquelas garantias cujo estabelecimento, na Carta Constitucional, tenciona colocar o acusado em uma posição de equiparação com a acusação.

Em que pese a tautologia já neste momento exaustiva acerca da instrumentalidade constitucional, é preciso o reforço desta temática se bem se quiser compreender a profundidade e extensão do princípio aqui esboçado. Evidentemente, as nulidades podem ser consideradas uma espécie de garantias concernentes à forma do ato processual. Entretanto, quando tais formam degeneram em mero formalismo ritualístico, possibilitam que a forma seja concebida e utilizada como ferramenta de transformação do processo num cenário em que reaparece a dinâmica da ilegalidade congênita intrínseca à *epistème* inquisitória.

A ilegalidade congênita, como já se cuidou de examinar no momento adequado, não pode ser confundida com ausência de regras, como uma lacuna normativa no seio do procedimento. O sistema inquisitorial continha as regras as mais diversas, muitas delas inclusive oferecendo suporte ao funcionamento sistêmico deste engenho jurídico. Por ilegalidade congênita é possível entender-se os critérios de flexibilização das regras e a produção sempiterna de exceções, fluidificadas pela manobra lingüística. Mais do que ausência de regras, a ilegalidade congênita significa a ampliação de zonas de exceção às normas, desaplicando-as quando conveniente. Esta primeira faceta é complementar ao tratamento absolutamente rigoroso das formas, quando reside igual conveniência para a persecução penal. A ausência de critérios para aplicação/desaplicação das normas permite que as formas processuais, quando deixadas de lado, sejam ineficientes. Entretanto, e este é o ponto comumente esquecido pela doutrina, as nulidades podem ser argüidas e declaradas com o fito exclusivo de sua inversão ideológica. De garantias à forma, as nulidades podem servir à garantia da eficiência da punição. Basta com isso que haja a declaração de nulidade justamente com o escopo de forçar um retorno ao *status quo*, a fim de que a prova, por exemplo, possa ser mais bem explorada.

A oscilação entre a rigidez e a maleabilidade permite que o sistema inquisitorial estruture-se no que se convencionou denominar de ilegalidade congênita. A possibilidade de a forma ser utilizada com finalidades persecutórias, desviando-se de seu âmbito de proteção corresponde à necessidade de se estabelecer um regime de possibilidade de sua decretação, que não se restrinja somente – embora não prescindível – à verificação da perfeição do ato processual. A idéia motriz que se encontra depositada sob a denominação princípio da escusa absolutória pretende justamente a minimização (tendo em vista que todo sistema é imperfeito) da utilização da nulidade como um elemento que possibilite a regressão do processo a um estágio anterior, justamente no intuito de se evitar a prolação da decisão absolutória.

O princípio da escusa absolutória permite afirmar-se que estará o órgão jurisdicional encarregado do exame sobre a conveniência da declaração judicial de nulidade obrigado à constatação, prévia, sobre a possibilidade de absolvição do acusado. Em outras palavras, tão somente se admitirá uma declaração de nulidade a não ser que inexistam elementos suficientes para se declarar a absolvição do réu. Em caso contrário, quando for

possível extraírem-se elementos suficientes para se apurar a improcedência da tese acusatória, deve o magistrado, mesmo diante de caso de nulidade, deixar de reconhecê-la e prolatar a decisão de mérito absolutória.

Este princípio nada mais é senão uma derivação de um princípio constitucional que regula o direito fundamental à liberdade. De acordo com Perez Luño, como critério de orientação hermenêutica, deve prevalecer, nas relações entre poder público e particulares, a interpretação *pro libertate*²⁶⁵. Trata-se do princípio *in dubio pro libertate* que permitirá a consolidação do princípio da escusa absolutória em matéria de nulidades. O constitucionalista espanhol inclusive irá ainda mais longe. O *in dubio pro libertate* não se restringe aos casos em que exista dúvida acerca da solução ou interpretação a ser dada ao caso em concreto. Trata-se de um parâmetro que deve ser levado em consideração como um mecanismo de maximização dos direitos fundamentais considerados *in totum*²⁶⁶.

Seria possível, em conjunção de esforços, também depositar no princípio da *reformatio in pejus*, próprio de um modelo acusatório a derivação do princípio da escusa absolutória? Em breve resumo, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* significa a ilegitimidade de qualquer decisão, geralmente por conta de reforma em instância recursal, que agrave a situação do acusado quando ausente recurso acusatório cujo pleito consista nesta modificação de caráter agravante. No Brasil, em termos de nulidades, o STF reconheceu por intermédio da Súmula 160, que “é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

Traçada uma comparação entre o princípio da escusa absolutória e o da proibição da *reformatio in pejus* percebem-se alguns pontos de contato e também outros de dissonância. A proibição da *reformatio in pejus* deriva, assim como o princípio da escusa absolutória, de um modelo ou regime acusatório de processo penal. Ademais, seria possível atribuir-se

²⁶⁵ “Entre los *topoi* o reglas técnicas para la interpretación constitucional, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos fundamentales, reviste especial importancia el principio *in dubio pro libertate*. Con este principio se pretende aludir, en términos generales, a la presunción general, propia de todo Estado de Derecho, en favor de la libertad del ciudadano”. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.p. 315.

²⁶⁶ “El principio *in dubio pro libertate* tiende a ampliarse en el postulado *favor libertatis*, o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto”. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.p. 315-316.

igualmente, como ponto de eficácia originária o princípio constitucional do *in dubio pro libertate* a fim de amparo teórico de ambos os institutos. Se por um lado os fundamentos assemelham-se, o espectro de abrangência de um e outro são diversos. No caso estrito da teoria das nulidades, a proibição da *reformatio in pejus* está intimamente associada ao impeditivo recursal para fins de reconhecimento de situação jurídica que de qualquer forma agrave a situação do réu, ausente pedido expresso da acusação em recurso motivado. A Súmula 160 reconhece a legitimidade para extrapolar a regra em casos de recursos *ex officio*, praticamente abolidos pela reforma processual de 2008 e que, sem prejuízo da mudança legislativa, confirmavam ser mecanismos absolutamente inquisitoriais - portanto, inconstitucionais.

De outra banda, o princípio da escusa absolutória determina que havendo caso de absolvição, precluso estará o reconhecimento de uma nulidade. O que determina o fundamento jurídico da escusa absolutória não é a postura ativa do tribunal que reconhece causa não alegada pela acusação, nem tampouco o caráter supletivo da atividade jurisdicional. O âmbito de incidência do princípio em questão está justamente no tratamento da nulidade como uma causa que operaria uma regressão processual, cujo escopo é o fortalecimento e a possibilidade de renovação dos atos de instrução. Como é possível deduzir-se, este princípio não se cinge ao aspecto procedimental ligado à iniciativa recursal, como no caso da proibição da *reformatio in pejus*. A proibição da declaração de nulidade se encontra vinculada ao aspecto essencial de manutenção da forma como anteparo contra o excesso de poder. Se esta ótica é bem compreendida, não é difícil perceber-se que o próprio poder punitivo pode se valer de um rigorismo formalístico, que degenera a forma num mecanismo de reprodução de atos instrutórios, renovando-se, por assim dizer, as chances processuais e reativando a expectativa/perspectiva da sentença vindoura (Goldschmidt).

Como visto, o sistema inquisitorial ambienta-se num entre-lugar. Não significa ausência de regras quanto à nulidade, o que equivaleria considerá-lo como um sistema judicial de nulidades (inexistência de regras). Tampouco remete ao sistema formalista ou legal das formas processuais (nulidade ocorre com a mera ruptura da forma). Ora deixando de aplicar a invalidade por pura conveniência e malabarismo semântico, ora aplicando a estrita ritualística, como uma liturgia em que as coisas não podem fugir de seus lugares pré-

estabelecidos, o sistema inquisitorial reúne flexibilidade e rigidez, de molde a se tornar uma máquina onívora, um engenho grandioso da mente humana.

A fim de se reduzir a possibilidade de a nulidade ser atualizada como anti-garantia, a previsão de proibição de sua declaração com a evidência de se tratar de caso de absolvição surge como uma ferramenta que conduz a teoria das nulidades a um perfil mais acusatório. De acordo com o constitucionalismo contemporâneo, qualquer fórmula que implique em uma restrição de direitos fundamentais implicará no dever de arcar com a carga da justificação, a qual recairá sobre aquele que a invoca²⁶⁷. Portanto, a fim de se afastar o primado do *in dubio pro libertate* estampado na premissa da escusa absolutória, forçoso demonstrar-se que além da deformação do ato processual, se encontra evidenciada uma espécie de justa causa que torna imperioso o prosseguimento da ação penal. A carga probatória da acusação que desejasse a renovação de um ato processual, ao invocar a nulidade, residiria em dois âmbitos: a) o primeiro, a demonstração da imperfeição do ato processual a culminar na declaração de nulidade; b) a segunda, demonstrar a evidência de pelo menos indícios suficientes de autoria e materialidade, já existentes no processo, a fim de ensejar o prosseguimento da ação penal. A frustração desta carga processual significa que: a) não houve violação à forma; b) a renovação do ato se dá no sentido de buscar elementos a servir de suporte fático à tese acusatória. Neste último passo a nulidade seria argüida justamente no sentido de uma contra-garantia²⁶⁸, como a desobediência a uma formalidade que remeteria o processo a uma fase pretérita, sendo possível recuperar-se a informação perdida. Nesse segundo caso, se o magistrado perceber a intenção de renovação de atos instrutórios com a mera intenção de aperfeiçoamento da colheita probatória, deve ser aplicado o princípio da escusa absolutória. Da mesma forma, mesmo que a acusação consiga se livrar de tais cargas processuais que lhe recaem, sentindo o magistrado que

²⁶⁷ “Os direitos fundamentais surgem, nas Constituições, acompanhados das suas restrições, o ónus da justificação recai sempre sobre aquele que invoca a restrição. A fórmula do direito fundamental fala por si, a restrição tem de se justificar”. ELLSCHEID, Gunther. O Problema do Direito Natural. Uma Orientação Sistemática. In KAUFMANN, A; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. . Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 237.

²⁶⁸ Para Amodio no processo penal as garantias são limites impostos ao exercício dos poderes da autoridade e não podem abandonar o indivíduo que reivindica a sua proteção frente ao poder judiciário. Assim é verdade que em algumas sentenças da Corte Constitucional usou esta fórmula, mas com finalidades totalmente antitéticas, a as quais se recuperam hoje para se tornar instrumento *contra reum*. AMODIO, Ennio. Giusto Processo, Procès Équitable e Fair Trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xlvii. v. 1-2, 2003. Milano: Giuffrè, 2003. p. 98.

existem elementos suficientes para a declaração da absolvição, deve-se preferi-la em detrimento da declaração de invalidade do ato processual.

Aqui entra em cena um princípio contíguo ao da escusa absolutória. Trata-se do princípio da progressividade que significa uma espécie de “não-onerosidade” das nulidades referentes à situação jurídica do acusado. Assim, veda-se a obtenção de vantagem processual a partir da declaração de nulidade. Mediante esta derivação, permite-se evitar que a nulidade seja utilizada como uma forma de burla dos instrumentos de proteção ao hipossuficiente. O conteúdo do princípio da progressividade do processo significa que o conteúdo da declaração de nulidade não pode conduzir o acusado a uma situação de desvantagem processual inexistente no momento da realização do ato defeituoso, pelo que superada uma determinada fase processual, se encontra impedido o Estado de fazer o processo retroceder à instância anterior e se recolher novamente prova. Naturalmente, encerrada uma fase processual estará impedida a acusação de postular a decretação de nulidade. Este princípio visa exclusivamente impedir que a declaração de invalidade de um ato processual possa ter como fito exclusivo a recondução do processo a um estágio anterior, no qual a prova é renovada, melhor explorada ou inclusive, trazendo novas evidências ao processo após o reconhecimento da nulidade.

Do ponto de vista estratégico, a nulidade poderia ser uma forma de fazer o processo retroceder a um estágio anterior e a partir daí melhor se aproveitar as chances processuais. Seria o caso específico do depoimento de uma testemunha cuja primeira oitiva favoreceu o acusado e que, na renovação do ato, teve depoimento incongruente. Justamente pelo conhecimento do teor do depoimento anterior, não seria de se descartar que determinadas perguntas poderiam lhe ser feitas exatamente no sentido de evidenciar falhas, lacunas ou até mesmo uma certa dose de impertinência quanto a seus apontamentos. Notadamente, o segundo depoimento não teria a mesma eficácia de “captura psíquica” que o primeiro, trazendo uma vantagem processual à acusação justamente pela invalidade processual anterior (responsabilidade de fiscalização do Estado). Também seria processualmente admissível que a nulidade atingisse quase que integralmente o processo, fazendo por exemplo, o processo retroagir à determinada fase, quando ainda admissível a postulação de últimas diligências ou requerimentos ao juiz. Neste caso, uma prova nova que viesse a integrar os autos seria manifestamente violadora do princípio da progressividade, pois

houve vantagem processual a partir de um ato antijurídico, que fez o processo retroceder e com isso, novas chances processuais surgiram e foram bem utilizadas pela acusação, mudando a situação jurídica do imputado com relação à projeção da sentença vindoura. Desta forma, a faceta negativa do princípio da escusa absolutória permitirá a derivação de um subprincípio denominado princípio de progressividade ou proibição de obtenção de vantagem processual a partir da declaração judicial de nulidade. Justamente a fim de se evitar uma ilegalidade congênita que faz emergir a nulidade como uma contra-garantia, não se pode permitir que se introduza ou até mesmo se possa estrategicamente utilizar as nulidades como uma forma de renovação ou ampliação cognitiva.

A partir da análise do princípio da escusa absolutória, verifica-se que a natureza jurídica conferida às nulidades, de regra como preliminares ao mérito da causa se transforma. É possível afirmar-se uma natureza jurídica residual das nulidades. A subsidiariedade ou mesmo o caráter residual das nulidades adjudica-se pela primariedade do mérito absolutório em detrimento da forma. Sempre que possível, deve o magistrado absolver o acusado ao revés de promover o regresso do processo a um estado anterior. Esta subsidiariedade ou caráter residual das nulidades significa que a prejudicialidade da nulidade para o mérito é inarredável.

O sistema adversarial inglês se aproxima, embora não sustente a existência do princípio da escusa absolutória, do princípio *in dubio pro libertate*. Expõe Roxin que a segunda instância judicial, ao se deparar com um grave defeito procedimental, deve, ao contrário de submeter o acusado a novo julgamento, absolvê-lo²⁶⁹. A justificativa primária reside na proibição de se submeter o réu ao sofrimento de um novo julgamento.

Neste ponto, importante destacar que nas lições de Carnelutti²⁷⁰, o próprio processo é um suplício que serve tão somente para verificação da aplicação de um novo suplício. Ou,

²⁶⁹ “Una absolución de los jurados no puede ser revisada en absoluto. Además, las infracciones procesales graves de la primera instancia (¡aunque sea incluso en favor del acusado!) ¡en la segunda instancia deben conducir, en principio, a la absolución! Para ello es determinante la idea de que al acusado no se le puede exigir, una vez más, el soportar los suplicios de un procedimiento. No obstante, se puede ordenar un reenvío al tribunal de jurados cuando la condena es anulada por la existencia de nuevos elementos de prueba”. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. p. 585.

²⁷⁰ “O castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado; tanto o julgamento penal é desde logo castigo que muitas vezes o acusado ficado sujeito a ele *in vinculis*, como se já houvesse sido condenado; o drama é que ele é castigado para saber se deve ser castigado”. CARNELUTTI, Francesco. *Lições Sobre o Processo Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2004.p. 36.

nas palavras de Santo Agostinho, de que os homens torturam para saber se devem torturar. Reconhecer que o processo em si mesmo é uma tortura, no mínimo psíquica, é o primeiro passo para se reconhecer a existência de uma responsabilidade – indelegável e primordialmente essencial à estrutura acusatória - do Estado pela condução do processo. Esta responsabilidade pelo processo possui incidência imediata sobre o rol de garantias concernentes à forma processual. A responsabilidade do Estado recai sobre o cumprimento das formas processuais, pelo que o descaso, os erros graves e que revelam a despreocupação para com o processo penal como mecanismo de inflição de dor, poderão conduzir, então, à absolvição imediata.

No esteio do sistema adversarial, quando os defeitos dos atos processuais se revelam de forma grave e demonstrem inequivocamente um descaso para com as garantias fundamentais que constituem o alicerce constitucional do processo penal contemporâneo, a declaração de nulidade do processo pode ter um sentido que perpassa o refazimento do ato. Assim, de acordo com o exposto por Roxin, o defeito da forma pode conduzir à declaração de absolvição do acusado. Assim como o princípio da razoável duração do processo pode conduzir, principalmente a partir da postura tomada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos à perda da legitimidade punitiva estatal²⁷¹, o descumprimento das formas processuais que de forma grave permitam concluir pela ausência de responsabilidade ética na condução do processo pode conduzir à perda da legitimidade punitiva.

Ante a dúvida acerca do cumprimento dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do devido processo penal, a declaração de nulidade poderá conduzir a um estado de marco zero da responsabilidade ética assumida pelo Estado na condução do poder punitivo, em especial ao “como punir” (Ferrajoli). A questão duvidosa não mais diz respeito à culpabilidade do processado, senão à existência de um grave defeito processual capaz de minar os princípios constitucionais que asseguram ao acusado a condição de sujeito processual. Sob este prisma Roxin defende a incidência do princípio do *in dubio pro reo* diretamente sobre a teoria da invalidade²⁷².

²⁷¹ Cf PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

²⁷² “Aquí, no es directamente aplicable el principio *in dubio pro reo*, porque la duda no se refiere a la culpabilidad del procesado, sino a la existencia de una grave infracción procesal. Pero cuando lo dudoso es si los principios de la dignidad humana y del “fair trial” se han cumplido, no resulta menos grave que la duda

Não há uma prevalência hierárquica entre os princípios da dúvida acerca da culpabilidade ou do cumprimento da cláusula do *fair trial*. A ausência de uma tarifa normativa ou mesmo de uma expressão ontológica de subordinação de um interesse ao outro permite concluir-se que o “como proceder” é ao mesmo passo que seu equivalente em direito material, invalidante do poder punitivo, levando à mesma solução que uma declaração de dúvida sobre a culpabilidade do acusado (*in dubio pro reo*²⁷³). Percebe-se que o princípio constitucional *in dubio pro libertate* é comum a ambas categorias (de dúvida acerca da culpabilidade ou da aplicação dos direitos fundamentais) possibilitando falar-se numa linha de continuidade entre ambas categorias e, o que é mais importante para o estudo, conduzindo a soluções símile.

Desta maneira, ao se aprofundar o estudo do princípio da escusa absolutória, é possível encontrar um núcleo radicado no princípio do *in dubio pro libertate*, que também nutre o princípio *in dubio pro reo*. Em primeiro lugar, o princípio da escusa absolutória possui uma face negativa, já comentada e que permite se falar numa proibição de declaração de nulidade quando se evidenciarem elementos capazes de conduzir a uma solução jurisdicional de cunho absolutório. Esta faceta também se compõe da carga processual que recai sobre o Ministério Público no momento de arguição de nulidade. Há que se demonstrar a imperfeição do ato, evidentemente. Todavia, requer-se a demonstração inequívoca de elementos suficientes arraigados aos autos que permitam concluir-se: a) pela possibilidade de prosseguimento da ação penal ante o conjunto de indícios (autoria e materialidade) que não possibilitam a declaração absolutória imediata; b) deve o retorno processual a um estado anterior não servir a propósitos de recuperação de informação perdida (proibição de obtenção de vantagem a partir da declaração de nulidade). Ausentes estes pressupostos, a declaração de nulidade a tornaria, sob o prisma do princípio *in dubio pro libertate*, uma contra-garantia.

sobre la culpabilidad del procesado. A este respecto, abogo en estos casos por la aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*”. ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. p. 128.

²⁷³ “El principio *in dubio pro reo*, derivado de aquel principio, está llamado a servir de norma de clausura del caso penal en forma favorable al imputado no sólo cuando subsiste la duda sobre los presupuestos de la responsabilidad penal, sino también cuando subsiste la duda con relación a si determinada prueba de cargo esencial deriva o no de un acto procesal llevado a cabo en violación de normas fundadas en garantías constitucionales del imputado”. DIAZ CANTÓN, Fernando. Exclusión de la Prueba Obtenida por Medios Ilícitos. El Principio de Inocencia y la Adquisición de la Prueba. *In Nueva Doctrina Penal*. Fasc. A. 1999. p. 333.

Ao lado da face negativa do princípio da escusa absolutória, convive a dimensão positiva. Esta, de acordo com o exame realizado por Roxin acerca do sistema processual inglês, permite concluir-se pela inserção da teoria da invalidade ao lado do princípio *in dubio pro reo*. Como já mencionado ambos decorrem do princípio constitucional *in dubio pro libertate* e, como genealogicamente decorrem de um princípio semelhante, não existe uma hierarquização ontológica entre os espectros materiais e processuais que decorrem daquele postulado fundamental. O *in dubio pro reo*, nas palavras de Bettiol, está intimamente carregado de sentido ético²⁷⁴.

A dimensão positiva do princípio da escusa absolutória se encarrega de, a partir da assunção de uma responsabilidade ética pela condução do processo penal²⁷⁵, notadamente o descumprimento desta função fiscalizatória, produzirá a perda da legitimidade punitiva estatal. Como visto, ontologicamente não existe uma primazia do aspecto material (*in dubio pro reo*) ou de culpabilidade sobre a dimensão processual (*fair trial*). Assim como no caso de dúvida acerca da culpabilidade do acusado deve conduzir inexoravelmente à absolvição, no aspecto processual a dúvida do tribunal sobre a aplicação da cláusula *fair trial* deve remeter à solução idêntica. Em caso de graves defeitos dos atos processuais, o acusado não pode ser conduzido a novo julgamento (que pelo refazimento do ato equivaleria à continuação do processo). Deve ser imediatamente absolvido. Qual a razão da aplicação de tão radical postura? Se o Estado chama para si a responsabilidade fiscalizatória sobre os atos jurisdicionais (monopólio da jurisdição) e para além, no Estado contemporâneo se exige uma dimensão de responsabilidade ética (afeita aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana dentre outros), qual a solução cabível? Remeter o acusado com a projeção de gastos materiais, com enormes custos psíquicos ou responsabilizar aquele que por seu turno seria responsável pelo comprometimento ético existente na fiscalização dos atos processuais praticados por seus agentes?

Como aponta Denti em interessantíssimo artigo, não existe um substrato ontológico a firmar uma diferenciação entre normas de caráter processual e substancial. A prevalência deste ou daquele caráter dependerá, à luz do exame de algumas decisões da Suprema Corte

²⁷⁴ BETTIOL, Giuseppe. Noções Sobre o Processo Penal Italiano. In *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Sociais*. Jan/mar. 1967 Bauru, 1967. p. 109.

²⁷⁵ “Las dimensiones de la ética pública del primer nivel, las reglas del juego, integran y comunican al poder y al Derecho, y de esa manera limitan al primero”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derecho y Poder: el poder y sus límites*. In *Derechos y Libertades*. a. IV. n. 7, Madrid, 1999. p. 30.

Americana, de um contorno político²⁷⁶. Nessa variabilidade dos critérios²⁷⁷, a razão do substrato processual ou substancial deriva de um direcionamento político²⁷⁸. A Constituição da República como estatuto jurídico do político (Canotilho) e como moldura do próprio ordenamento jurídico²⁷⁹ acaba trazendo um novo contorno para a importante constatação de Denti. Com o constitucionalismo contemporâneo, o primado da cláusula de não-culpabilidade não detém um primado sobre o aspecto da cláusula *fair trial*. Uma vez que a diferenciação substancial/processual deve ser permeada por critérios outros que não aqueles radicados em obsoleta doutrina que procura extrair uma essência processual ou substancial das normas, a diferença deve atender os parâmetros fixados constitucionalmente. A inexistência de uma supremacia do direito material sobre o processual pode ser ventilada em dois argumentos. O primeiro deles resulta na incisiva proteção de jurisdicionalidade que regula a relação entre pena e processo. Do princípio da necessidade do processo em relação à pena é possível extrair a noção de controle jurisdicional inafastável, que se por um lado não permite a inversão do postulado da supremacia do direito material em detrimento do processual (o que configuraria a lei da bipolaridade dos erros de Bachelard), por outro permite o seu nivelamento em termos de proteção constitucional. O segundo argumento

²⁷⁶ De acordo com Denti surge, assim, evidente o papel decisivo que, na alternativa entre ‘processualidade’ e a ‘substancialidade’ das normas probatórias, jogam as escolhas ‘políticas’ em relação aos fins das próprias normas, segundo a já recordada idéia chiovendiana: ‘o melhor resultado da lide’ e o ‘fair trial’ são princípios análogos, e exprimem uma idêntica visão da finalidade ‘pública’ do processo. DENTI, Vitorio. Intorno alla Relatività della Distinzione tra Norme Sostanziali e Norme Processuali. *In Rivista di Diritto Processuale*.v. XIX,1964. p. 71.

²⁷⁷ Para Denti o que interessa, com efeito, não é tanto assinalar a diferença na qualificação de uma dada situação como substancial ou processual (divergência que pode se referir aos diversos modos de conceber o processo) quanto, mais do que isso, pôr à luz a variabilidade dos critérios que presidem à qualificação, em função da exigência de *policy* judicial, como tal não suscetível de sistematização. DENTI, Vitorio. Intorno alla Relatività della Distinzione tra Norme Sostanziali e Norme Processuali. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. XIX,1964. p. 75.

²⁷⁸ Segundo Denti a qualificação como ‘processual’ ou ‘substancial’ de uma determinada tipicidade não pode ser univocamente reconduzida a um abstrato critério sistemático, de imediata validade no plano racional, mas surge muito freqüentemente como fruto de valorações jurisprudenciais, como base de considerações de *policy* referidas a características próprias dos vários ordenamentos, e com respeito às conseqüências que, no âmbito dos próprios ordenamentos, pode florescer na preferência por uma ou outra qualificação. DENTI, Vitorio. Intorno alla Relatività della Distinzione tra Norme Sostanziali e Norme Processuali. *In Rivista di Diritto Processuale*.v. XIX,1964. p. 76.

²⁷⁹ De acordo com Denti se um ensinamento ‘racional’ se pode retirar desta experiência, é, portanto no sentido de que a natureza ‘processual’ ou ‘substancial’ de uma norma não se deduz necessariamente de suas características intrínsecas (ou, o que dá no mesmo, da natureza dos efeitos jurídicos que florescem da aplicação da norma), mas pode derivar da comparação dos efeitos obtidos das diversas classificações, sob o plano da competência normativa, e à luz dos critérios pertencentes a cada ordenamento jurídico. DENTI, Vitorio. Intorno alla Relatività della Distinzione tra Norme Sostanziali e Norme Processuali. *In Rivista di Diritto Processuale*.v. XIX,1964. p. 76.

reside na passagem do processo penal de uma mera máquina repressiva para a sua instrumentalidade constitucional (proteção do hipossuficiente). Nesse sentido, é possível afirmar-se a importância do papel destacado às garantias processuais e a cláusula *fair trial*. Decorre da própria modificação cultural implementada pelo constitucionalismo contemporâneo que a proteção do *fair trial* possa, inclusive, obstaculizar uma acusação quando evidenciado flagrante desrespeito às regras éticas minimamente necessárias à apuração de um caso penal.

Esta relação entre os pólos material (não-culpabilidade) e processual (*fair trial*) se estreita no caso do processo penal justamente a partir do princípio da necessidade do processo em relação à pena. Mais do que em qualquer outro setor jurídico, no processo penal o “meio” equivale à própria finalidade ou função que se lhe possa atribuir. Considerando que: a) o processo é o natural caminho que pode conduzir à pena; b) se somente através do processo a pena pode ser futuramente executada; c) se existem determinadas garantias que protegem o sujeito da persecução penal e que estruturam este processo no seio de um “direito constitucional aplicado” (Hassemer); d) se tais garantias existem como proteção do hipossuficiente; e) se a ruptura de tais garantias confere absoluta inidoneidade ao meio para se aplicar a pena; f) se o meio manifestamente inapropriado e inadequado compromete a finalidade buscada para o exercício do poder de penar; e, finalmente g) os níveis materiais e processuais de proteção do hipossuficiente assumem um mesmo ranking pela sua derivação genealógica unívoca do princípio *in dubio pro libertate*, não se vêem motivos suficientes para se afastar ou negar eficácia ao lado positivo do princípio da escusa absolutória²⁸⁰.

No processo penal contemporâneo, o seu caráter estruturante reside justamente em sua conformação constitucional. Mais do que um mecanismo de repressão, a tutela do débil é a faceta expressiva da prevalência de uma responsabilidade ética do Estado frente aos atos

²⁸⁰ Está-se assim, a negar o papel de servente do direito penal exercido pelo processo penal. Nos termos de Pulitanò ao examinar o fenômeno longe de negar um papel de servente do processo em relação ao direito substancial, significa reconhecer uma ‘servidão’ do processo às funções do direito substancial que não se exaurem na pretensão punitiva, mas são definidas da exigência da correta aplicação da lei substancial. PULITANÒ, Domenico. Sui Rapporti fra Diritto Penale Sostanziale e Processo. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 48. Milano: Giuffrè, 2005. p. 953. Mais adiante defende o autor que a função servil na cautela ou no accertamento representa o pólo ‘autoritário’ e deve se confrontar com a exigência de garantia de liberdade constitucionalmente garantida, diferente das garantias de controlabilidade do accertamento e da possibilidade da intervenção defensiva. PULITANÒ, Domenico. Sui Rapporti fra Diritto Penale Sostanziale e Processo. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 48., 2005. p. 953.. P. 963.

praticados por seus agentes. Se a falta de elementos probatórios conduz à absolvição do acusado e uma pena daí decorrente significaria a sua ilegitimidade, o que se pensar dos meios? Quando o meio é corrompido, quando as formas são realizadas de tal maneira precariamente que seja possível questionar-se acerca da observância dos princípios correlatos à dignidade da pessoa humana, tal dúvida integraria um direito de menor hierarquia? A resposta deve ser negativa. Havendo dúvidas suficientes para o questionamento acerca do cumprimento dos princípios derivados do *fair trial*, a declaração de nulidade dos atos não permite o seu refazimento. Trata-se de declaração imediata de absolvição, justamente por que o descumprimento da responsabilidade ética por parte do Estado não pode conduzir a uma situação jurídica de ampliação e continuidade de sofrimento ao acusado. A pena perde sua legitimidade assim como a violação à razoável duração do processo permite falar-se na mesma perda do poder punitivo. Os fundamentos para uma postura equivalente residem na circunstância de que: a) o processo em si já pode ser considerado um mal em si mesmo; b) a legitimidade da pena é absolutamente dependente da regularidade e legalidade do meio empregado para se chegar até ela; c) o “como proceder” e a cláusula do “*fair trial*” são garantias alinhadas àquela do *in dubio pro reo*, representando mecanismos destinados à proteção do hipossuficiente; d) o prejuízo pela omissão na fiscalização da forma processual e o descumprimento ético por parte do Estado não deve ser suportado pelo acusado, mas por quem deu causa, em última instância, ao descumprimento grave da forma; d) para o processo penal contemporâneo, em especial no que pertine ao rechaço às justificativas imanentes à ideologia da defesa social, penar não vale mais do que se evitar meios antiéticos ou mesmo insidiosos de aplicação da pena. Por esta razão, as garantias processuais não são menos importantes ou de menor quilate que aquele vetor principiológico material relativo ao princípio do *in dubio pro reo*. Como afirma Bertot, a nulidade é uma “garantia de garantias”²⁸¹. Em que pese a existência revivificada, no processo penal italiano, do princípio da verdade real (entendido a partir do princípio da não-dispersão probatória²⁸²), as nulidades processuais não podem configurar

²⁸¹ 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*.

²⁸² DOMINIONI, Oreste. I Principi Dell’Oralità e del Contradditorio nel Processo Penale. In *Rivista di Diritto e Procedura Penale*. a. XL., Milano: Giuffrè, 1997. Cf AMODIO, Ennio. Vitórias e Derrotas da Cultura dos Juristas na Elaboração do Novo Código de Processo Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 7. n. 25. São Paulo, 1999.

meios para se obter uma vantagem processual mediante a regressão a etapas anteriores do processo²⁸³.

Da referência ao princípio da escusa absolutória em sua faceta positiva, o princípio da progressividade garantiria a não-aplicação do que se poderia chamar de não-dispersão probatória²⁸⁴. Evidentemente, a perda da prova (princípio da progressividade do processo) torna preclusa a retroatividade do procedimento penal se o fundamento for revalidar prova já realizada deficitariamente. Assim, caberá ao Estado suportar o ônus do mau exercício processual, cabendo, na falta de provas, a absolvição do acusado.

Um último ponto ainda se faz necessário comentar antes de se passar para o próximo princípio. A aplicação rigorosa do princípio da escusa absolutória remete à abolição do princípio do interesse. Recordando, o princípio do interesse estipula a impossibilidade de argüição da invalidade por quem houver lido causa. Como é possível identificar, trata-se de mais um transplante civilístico que ingressa no campo do processo penal, via de regra pela teoria geral do processo. A justificativa para a sua aplicação é a não transformação do processo penal em um cenário de manobras astuciosas dos sujeitos processuais²⁸⁵. No entanto, no direito civil, que trata de interesses disponíveis, tal regra pode ser satisfeita em menor ou maior consonância com tais regras de fundo.

O processo penal, por lidar sempre com interesses indisponíveis e de caráter público não é o campo propício ou adequado a este tratamento processual. Mais do que isso, como posto, a responsabilidade ética que se desdobra numa dimensão fiscalizatória permite a conclusão de que os defeitos processuais, mesmo que se iniciem por uma atividade da parte processual, são de responsabilidade – no mínimo concorrente – do Estado. Desta arte, seria absolutamente paradoxal e absurdo que um processo penal no qual fossem observados os

²⁸³ “La práctica de retrotraer el proceso a etapas anteriores ya precluidas para reparar un vicio, generalmente perjudicando el derecho del imputado a una pronta resolución que ponga fin a la acusación, es un claro ejemplo de la utilización de las garantías del imputado como argumento para en verdad perjudicar su situación”. 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*. p. 203.

²⁸⁴ Uma crítica ao poder do juiz de buscar prova pode ser encontrada em TRANCHINA, Giovanni. Ruoli Naturali ed Innaturali del Nuovo Processo Penale. In *L'Indice Penale*. a. XXIII. n. 3. Padova: CEDAM, 1989. p. 626-627.

²⁸⁵ Para Iasevoli haver dado causa ou concorrido para a nulidade do ato priva o interessado de poderes para argüir o vício. A *ratio*, evidentemente, é aquela de impedir a mutação da nulidade de instrumento de garantia em artifício processual, destinado a obstar o desenvolvimento célere do procedimento, desenvolvendo distorções na ordem da sucessão teleológica. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 228.

mais diversos atentados contra as garantias fundamentais pudesse conduzir a uma pena legítima pelo fato de tais imperfeições serem atribuídas, por exemplo, à defesa.

Deixar-se alguém indefeso, submetido a um processo sem o respeito à forma por se tratar de uma manobra da defesa e com isso se admitir uma condenação, sobretudo baseada no princípio do interesse carece de recepção em um modelo acusatório. Se é condenável moral ou eticamente a atitude do defensor que se utiliza os mais diversos expedientes, a punição ou o prejuízo não pode recair sobre o acusado. Trata-se de um disparate. Um ponto a ser analisado é a situação jurídica do acusado que não merece sofrer as conseqüências da estratégia defensiva. Outro ponto é a questão ética do advogado, podendo vir a responder em outro plano por tais atitudes.

O princípio do interesse é afastado pela incidência da escusa absolutória à medida que as garantias processuais devem ser fiscalizadas pelo próprio Estado, independentemente da iniciativa processual que resultou em sua inobservância. Assim como não se pode aceitar a condenação sem processo daquele que se intitula autor de um crime, não se pode aceitar uma condenação em que os direitos decorrentes da cláusula *fair trial* foram dispensados, mutilados, inutilizados pelo próprio titular. Desta maneira, o Estado também deve suportar o prejuízo de permitir-se um processo sem o devido respeito à forma processual, mesmo que a iniciativa para o descumprimento seja protagonizada pelo titular de tais direitos, uma vez que se tratam de interesses indisponíveis. Pelos mesmos motivos que a exceção da renúncia às *exclusionary rules* na prova ilícita não pode ser admitida, a renúncia do direito de defesa ou a prática irregular de atos processuais não pode conduzir a uma condenação.

Desta maneira, mesmo que em um determinado processo se verifiquem defeitos à forma ocorridos por iniciativa da defesa, o Estado, ao faltar com o dever ético de fiscalização do correto cumprimento das formas processuais contribui para que a violação da forma processual ocorra. Assim agindo alternativa não há a não ser a aplicação do princípio da escusa absolutória em sua vertente positiva.

A seguir, será examinado mais um princípio relativo à teoria das nulidades. Trata-se do princípio da taxatividade temperada.

3.8 Princípio da Prevalência das Nulidades Legais – taxatividade temperada

Gaston Bachelard, há muito tempo advertia que os obstáculos epistemológicos andam aos pares. No plano do jurídico, a filosofia ou a própria teoria do direito se deparou com inúmeras correntes de pensamento que se encarregaram de consolidar aquela lógica maniqueísta da bipolaridade dos erros. Jusnaturalismo x juspositivismo; subjetivismo e objetivismo; racionalismo x irracionalismo; normativismo x realismo; hierarquia x circularidade; monismo x pluralismo são os seis pares de obstáculos epistemológicos narrados por Ost e Kerchove²⁸⁶.

Este pequeno intróito já permite identificar em que ponto se almeja chegar ao presente tópico. A teoria das nulidades, quanto à necessidade de previsão normativa das invalidades, oscilou entre o sistema judicial e o sistema taxativo. O primeiro, mais primitivo, caracterizava-se pela ausência de regras quanto às formas processuais, pelo que a declaração de invalidade do ato estava unicamente endereçada aos poderes judiciais, subordinando-se, tal declaração, a uma discricionária atividade do juiz. Nas palavras de Redenti, quais sejam em qualquer ato os elementos exigidos para a sua existência e eficácia não é possível estabelecer com uma fórmula geral, mas se deve indagar caso a caso, ato a ato²⁸⁷. O sistema judicial das formas é justamente a oposição daquele rígido. Extremamente maleável, a forma se encontra absolutamente nas mãos do juiz. O risco de um sistema desse nível é dos maiores, justamente pela aproximação da ilegalidade congênita própria do sistema inquisitorial. Como acentua Conde Correia “por fim, é errado pensar que a opção por um modelo de nulidades não taxativas daria um contributo significativo para a justiça do próprio sistema”²⁸⁸. Mais adiante, continua o processualista português afirmando que “a multiplicação das possibilidades de invocar nulidades, a atribuição de um poder discricionário ao juiz, a indefinição das fronteiras entre as irregularidades e as nulidades são riscos incompatíveis com a dinâmica processual”²⁸⁹.

Por outro lado, no intuito de se evitar a incerteza gerada por aquele sistema de invalidades, o princípio da taxatividade, inserido no que se convencionou de sistema formal

²⁸⁶ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le Droit ou les Paradoxes du Jeu*. Paris: PUF, 1992. p.56.

²⁸⁷ REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1939. p. 308.

²⁸⁸ CONDE CORREIA, João *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 150.

²⁸⁹ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 150.

das invalidades previa que a declaração de nulidade deveria estar prevista na lei. A prática de um ato processual em desconformidade às regras estabelecidas gerava, *sine conditio*, a sua invalidade.

Entretanto, em que pese tais sistemas serem os que mais vezes apareceram ao longo da história dos sistemas processuais, ambos os modelos pecam justamente pela simplicidade de seus argumentos de base. Se por um lado é inseguro confiar-se a declaração das invalidades a um sistema judicial pela ausência de regras pré-determinadas, a fixação de regras e a tentativa de fechamento operacional do sistema padece de vícios que inquinam o sistema tornando-o imprestável assim como o modelo antecessor. Como detecta Iasevoli, a determinação cria efetivamente as condições mediante as quais o indivíduo pode orientar o seu comportamento processual diante dos esquemas previstos; a taxatividade nega ao intérprete a liberdade de subsumir uma tipicidade processual concreta em uma ou outra disposição²⁹⁰.

O princípio da taxatividade em matéria de nulidades sofre do narcisismo que tomou conta do processo codificatório, justamente pela pretensão de esgotamento das hipóteses, criando-se um universo jurídico hostil às transformações. O dogma da completude do direito (Bobbio) é exatamente o marco cultural em que se insere o princípio da taxatividade. Como acentua Lopes Júnior, “A classificação das nulidades em cominadas e não cominadas é infeliz, pois incide no erro da presunção de completude e legalidade das normas processuais penais. Significa crer na possibilidade de uma definição ‘a priori’ (antes da experiência) de algo que é essencialmente casuístico”²⁹¹. Como se evidencia, um sistema fechado esbarra na incapacidade de flexibilização, acreditando que todas as hipóteses possam efetivamente ser previstas de maneira anterior à sua prática. O fracasso deste modelo é demonstrado ora pelo abandono, ora pela emergência de novas categorias jurídico-processuais capazes de burlar a regra de estrita previsão. Nas palavras de Moscarini o princípio da legalidade das nulidades processuais era já sancionado no *Code d’instruction criminelle* del 1808²⁹².

²⁹⁰ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 74.

²⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 386.

²⁹² MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 64.

O engessamento do sistema processual trazido pelo princípio da taxatividade foi o responsável, nas palavras de Cordero, pelo surgimento da categoria da inexistência, já examinada no capítulo anterior²⁹³. Este engessamento e a impossibilidade de extensão das invalidades a hipóteses não previstas normativamente determina, para alguns autores, a sua principal característica²⁹⁴. Sob este prisma, portanto, a taxatividade operaria como um fator de ordem processual, pelo qual não se poderia reconhecer qualquer espécie de nulidade fora das situações jurídicas expressas em âmbito normativo.

Se a taxatividade possui o defeito de sua rigidez, possui ao menos também um elemento interessante. Trata-se da circunstância de que o princípio da taxatividade é avesso às nulidades relativas. Isto significa dizer que toda nulidade reconhecida legalmente pressupõe um “prejuízo presumido”²⁹⁵. Desta maneira a taxatividade retira das mãos do juiz a operação de valoração/ponderação do prejuízo causado pelo ato às partes processuais. Esta é exatamente, nas palavras de Moscarini, uma das diferenças principais entre processo civil e penal²⁹⁶. Enquanto as normas de processo civil dependerão do caso concreto, por isso se dizem regras “abertas”, as do processo penal seriam “fechadas”, compostas de uma série de elementos que não podem ser dispensados quando da realização do ato. Desta

²⁹³ Para Riccio somente por efeito de categorias contidas naquela disposição, é que as sanções processuais de origem jurisprudencial fizeram-se objeto da existência de poder legitimante do ato – o que equivale à inexistência - ou o incomum erro no uso do poder - anormalidade; ambas as situações imprevisíveis e não tipificáveis. RICCIO, G. *Introduzione allo Studio del Sistema Sanzionatorio nel Processo Penale*. p. 49.

²⁹⁴ Para Galatini a taxatividade não se pode mais exprimir apenas no fato de que o ordenamento, mencionando-as acolhe inequivocamente certos tipos de imperfeições e as correlatas sanções (assim não é necessária uma operação interpretativa de reconstrução dos vícios e de seus efeitos) mas significa individualização não extensível aos casos os quais a imperfeição pertence, de modo a circunscrever o fenômeno da invalidade efetivamente necessitada de tutela. GALATINI, N. *Vizi degli Atti Processuali Penali. In Digesta Penale*. v. XV. Torino, 1999. p. 345.

²⁹⁵ “A consagração do princípio da taxatividade das nulidades insanáveis e dependentes de arguição torna irrelevante a verificação ou a não verificação de um prejuízo concreto para o interesse jurídico tutelado pela norma violada. Este critério interpretativo é exclusivo dos sistemas não taxativos. Uma vez detectada uma imperfeição prevista como causa de nulidade, o intérprete terá que a declarar, não podendo abster-se de o fazer, invocando a inexistência de um prejuízo concreto para o interesse jurídico tutelado. Se assim não fosse, o intérprete estaria a substituir-se ao legislador, criando um sistema apócrifo, justificado por incontrolláveis juízos sobre a prejudicialidade dos actos inválidos, totalmente alheios à escolha legislativa”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. Coimbra: p. 154-155.

²⁹⁶ Para Moscarini a norma processual se coloca no contexto de uma tipicidade ‘fechada’, consistente em um número determinado de elementos, cuja previsão legislativa é específica; a isso corresponde não apenas a obrigação da autoridade competente de observar as disposições do código de processo penal, mas também as enunciações do princípio de taxatividade da nulidade. A norma processual civil, pelo contrário, se localiza em um âmbito de ‘tipicidade aberta’, composta por um ou mais elementos previstos genericamente pela lei, cuja descrição deve ser integrada pelo intérprete. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 25.

maneira se pode concluir, juntamente com Iasevoli, que em suma, a taxatividade é escolha de política legislativa destinada a expungir do ordenamento o critério do efetivo prejuízo, por que sua aplicação libera o juiz da angústia confinada na discricionariedade normativamente orientada, não mais consentido com decisões de arbítrio²⁹⁷. Com efeito, as nulidades absolutas aparecem ligadas ao princípio da taxatividade, que normativamente estabelece um primado do “prejuízo presumido”, se se quiser manter a linguagem comumente utilizada na explicação do fenômeno das nulidades absolutas²⁹⁸.

Pelo exposto, identificam-se inúmeros problemas concernentes tanto ao modelo judicial das formas como ao sistema formalístico, em que impera o princípio da taxatividade. A renovação conceitual da teoria das invalidades passa, necessariamente, por uma lapidação do princípio da taxatividade.

Se por um lado a dispensa de uma normatização das formas processuais, tendo em vista o desenvolvimento do sistema processual penal contemporâneo é impensável, por outro lado a taxatividade se apresenta, em muitos pontos suscetível de crítica. Em primeiro lugar, a crença da completude do ordenamento jurídico ou quiçá do sistema processual penal beira o irracional. O dogma da completude, que marcou o processo de codificação ocidental, não conseguiu se sustentar em uma modernidade cuja velocidade das relações sociais aumentava exponencialmente.

Como visto, a teoria das invalidades oscilou entre dois pólos antagônicos, radicalmente divergentes. Ausência de regras ou regras rígidas. Uma teoria das nulidades capaz de atender às formas constitucionalmente derivadas deve se localizar num entre-lugar. Evidentemente, pelo que já foi exposto, o ponto de equilíbrio deve ser buscado preferencialmente na característica do princípio da taxatividade que mais se aproxima do modelo acusatório, pela negação da ilegalidade congênita. Trata-se da recusa das nulidades relativas e da absolutização das invalidades expressamente catalogadas. Todavia, se é necessário elencar-se regras de determinação da declaração judicial de invalidade, não se

²⁹⁷ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 172.

²⁹⁸ “Nos processos de estrutura acusatória o legislador tende, agora, a optar o modelo taxativo. Nos processos de estrutura inquisitória o legislador tende a adoptar o modelo não taxativo. O aumento dos poderes de fiscalização e conformação atribuídos aos sujeitos processuais permite, naqueles sistemas, a redução das nulidades aos casos previstos em lei, sem que isso signifique uma diminuição sensível das garantias individuais. Ao invés, a diminuição destes poderes inerente aos sistemas inquisitórios, impõe o alargamento da possibilidade de anulação do processado, como única forma de compensar a natural redução das garantias individuais”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 86.

pode incorrer no mesmo erro incorporado a partir do *Code de 1808*. Radicalizar e inflexibilizar as regras de reconhecimento das nulidades teve como resultado a operação doutrinária de criação das categorias da inexistência, trazendo ulteriores complicações para a teoria das invalidades. Desta maneira, pensa-se aqui na proposta de uma taxatividade temperada. Necessita-se de uma normatização de regras mínimas sobre os atos processuais penais passíveis de nulidade. Estas regras conduzem à invalidade do ato, sem a necessidade de se avaliar o “prejuízo”. As invalidades catalogadas normativamente são absolutamente nulas. Assim, mantém-se a conexão do princípio da taxatividade com a nulidade absoluta²⁹⁹.

O segundo passo reside na abertura do reconhecimento das nulidades a casos não previstos. Com a dinâmica processual penal movida a partir de diretrizes constitucionais, os âmbitos de incidência dos princípios constitucionais do processo penal poderão conduzir, no caso em concreto, a invalidades do ato processual, mesmo que não previstas legalmente. Aqui ocorre uma espécie de saneamento do princípio da taxatividade, pelo que se pode falar em uma filtragem constitucional dos atos processuais, sem que seja preciso “domesticá-los” por um construto normativo infraconstitucional. Como destaca Lopes Júnior, seria possível falar-se numa oxigenação do processo penal pela Constituição da República³⁰⁰. Carece de necessidade regulatória a discriminação de atos processuais passíveis de nulidade quando ferirem princípios de ordem constitucional. Nesse sentido, a temperança do princípio da taxatividade estaria consignada na subordinação axiológica derivada das próprias regras éticas da cláusula *fair trial*, pelo que os casos de regulação infraconstitucional devem se resumir a atos relacionados ao procedimento, a atos processuais que não podem faltar, à ordem, requisitos e elementos componentes dos atos procedimentais, etc.

Assim sendo, vislumbra-se que enquanto as garantias fundamentais dispensam a previsão taxativa em sede de normatividade infraconstitucional, o mesmo se não verifica quanto a: a) elementos e requisitos de validade dos atos processuais; b) ordem e sucessão

²⁹⁹ Até mesmo pelo fato de que a nulidade relativa como demonstrado, ser inaplicável no campo do processo penal.

³⁰⁰ “Contribui para a impossibilidade de taxatividade nessa matéria o fato de a teoria das nulidades estar umbilicalmente vinculada à oxigenação constitucional do processo penal. Não há como pensar-se um sistema de nulidade desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 386.

dos atos processuais e sua realização no tempo e espaço; c) capacidade específica e requisitos exigidos de determinados sujeitos para a prática de certos atos processuais, como por exemplo, no caso da perícia; d) possibilidade jurídica de realização do ato processual e atos processuais substitutivos.

Nestes quatro grupos de casos³⁰¹, de acordo com a própria definição dos atos processuais adotada pelas regras processuais penais, a legislação processual penal, a partir do princípio da taxatividade, concretizará os casos passíveis de nulidade, trazendo um rol que verse exatamente sobre os quatro fundamentos apontados. Os demais casos de nulidade decorrerão da própria organização principiológica decorrente da Constituição da República. Um modelo conciliatório entre as vantagens e desvantagens do sistema de *numerus clausus* e *apertus* – o que de certa forma equivaleria à adoção de um princípio de taxatividade temperada também é defendido por Conde Correia³⁰².

De forma semelhante, Iasevoli, ao criticar o modelo italiano de nulidades advoga a proposta de um sistema de poucas nulidades mas rigorosamente carregadas de sanção. Esta é a proposta de reconstrução da identidade epistemológica da nulidade, não como penalidade, mas como consequência lógica da omissão do cumprimento dos requisitos formais do ato, os quais a lei atribui certos efeitos³⁰³. Evidentemente, o repúdio às nulidades relativas é um passo importante para a consagração de um modelo nos termos expostos pela processualista italiana. No entanto, para que se possa dar um salto além, é preciso reconhecer que os contornos normativos das nulidades não podem ser simplesmente arquitetados por um molde infraconstitucional, que atenderia pelos princípios da taxatividade. Esta taxatividade, com a previsão restrita a casos tecnicamente especificados em quatro grupos de casos operaria a partir dos limites, requisitos, elementos e demais circunstâncias definidas a partir de um modelo legislativo (Código de Processo Penal). No entanto, a existência de um rol de atos inválidos não garante por si só a obediência a um

³⁰¹ Aqui se está fazendo menção a uma idéia que deveria motivar uma revisão de *lege ferenda* a respeito da temática da regulação no CPP, dos atos processuais passíveis de nulidade.

³⁰² “O que este consagrou foi, na verdade, um modelo misto, que procura conciliar as vantagens dos sistemas de *numerus clausus*, com os benefícios dos sistemas de *numerus apertus*. Por um lado, indicando taxativamente os vícios mais graves, capazes de provocar maior dano aos interesses tutelados pelas normas processuais violadas, designados nulidades insanáveis e nulidades dependentes de arguição. Por outro lado, formulando uma cláusula geral, aplicável a toda uma categoria de casos, pouco delimitados, na tentativa de evitar eventuais omissões”. CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 146.

³⁰³ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 173.

modelo acusatório. É preciso reconhecer a abertura trazida pelo sistema de princípios constitucionais, que como espécies de normas (Dworkin, Canotilho, Alexy) atuam diretamente no caso concreto. De acordo com Iasevoli as formas explicam a função conatural sobre o plano de atuação da norma, ou na passagem da abstrata previsão à aplicação concreta: de tal forma, essas regulam o exercício do direito não representam o meio para a sua realização³⁰⁴. Se o processo penal é direito constitucional aplicado, evidentemente que as premissas constitucionais do sistema acusatório são sua base de sustentação, que não podem ser retiradas da apreciação no caso em concreto.

Igualmente, também a partir do princípio da necessidade do processo em relação à pena seria possível fundamentar-se o princípio da taxatividade temperada. Se o processo é que confere legitimidade à pena, este processo de legitimação não pode se furtar a uma análise embebida em postulados constitucionais. A atuação dos princípios constitucionais não pode ser limitada por regras infraconstitucionais, mesmo em se tratando da adoção de um princípio de taxatividade plena das nulidades.

Como decorrência constitucional, o modelo legal de nulidades tem o dever de regular os aspectos técnicos do processo, resumidos em quatro grandes blocos: a) elementos e requisitos de validade dos atos processuais; b) ordem e sucessão dos atos processuais e sua realização no tempo e espaço; c) capacidade específica e requisitos exigidos de determinados sujeitos para a prática de certos atos processuais; d) possibilidade jurídica de realização do ato processual e atos processuais substitutivos. As demais nulidades decorreriam da violação aos princípios constitucionais, pelo que se poderia resumir toda esta estrutura sob o rótulo de “atos processuais violadores do sistema acusatório”.

Antes mesmo do fechamento do presente tópico, há ainda que se sinalizar que o princípio da taxatividade temperada ainda sofre uma interferência do princípio da escusa absolutória. Como evidenciado, o princípio da escusa absolutória, como decorrência do *in dubio pro libertate*, exige que a declaração de invalidade somente se dê em casos os quais a absolvição não possa ser primordialmente reconhecida. A natureza residual das nulidades indica que a prevalência do mérito sobre a prejudicialidade das nulidades deriva da própria necessidade de preservação do hipossuficiente a um novo (ou contínuo) processamento. A

³⁰⁴ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 175.

mesma hierarquia dos princípios de não culpabilidade e *fair trial* permite que se possa falar em absolvição quando constatada a falha por parte do Estado na fiscalização das regras éticas processuais mínimas.

O princípio da taxatividade temperada pode ser restringido pelo princípio da escusa absolutória sempre que a absolvição possa ser de plano decretada, naquelas hipóteses previamente indicadas no tópico precedente. Assim, para se evitar um sistema legalista ou rígido de nulidades, não basta o mero descumprimento da formalidade, que ocasionará uma invalidade. É mister realizar-se a avaliação acerca da possibilidade de absolvição, como decorrência do princípio *in dubio pro libertate*.

A ampliação das zonas de atuação dos direitos fundamentais, atingindo o plano da validade dos atos processuais e com isso estendendo o âmbito da teoria das nulidades, decerto não é algo novo. O constitucionalismo pós-guerra e o novo papel assumido pela Constituição da República, em que pese no Brasil ser algo um tanto recente, torna obtusa uma teoria avessa a essas significativas mudanças. A eficácia reduzida dos princípios constitucionais no plano da teoria da invalidade somente pode ser creditada à cegueira própria do dogmatismo.

O princípio da taxatividade temperada, como alhures exposto, abrange a possibilidade de declaração judicial de nulidade nos casos de violação ao modelo acusatório de uma maneira geral. Concretamente, a violação ao sistema acusatório ocorreria pela lesão a algum princípio que o compõe. De regra, tais princípios decorrem da Constituição da República, podendo ser expressos ou implícitos (como o princípio da proporcionalidade). Desta maneira, seria possível teoreticamente, a sustentação de um princípio derivado da taxatividade temperada, denominado princípio da elasticidade das nulidades, cujo conteúdo repousa na autorização decorrente do sistema processual penal constitucional, para que o juiz reconheça a invalidade do ato processual que lesionar princípio contido na Constituição da República.

Alguns autores, a fim de evitar os problemas decorrentes do fechamento sistêmico operado a partir do princípio da taxatividade preferem denominar de nulidades virtuais ou implícitas aquelas declarações judiciais que reconhecem a invalidade de atos processuais

não previstos na legislação, mas como expressão de uma exigência processual³⁰⁵. De acordo com Lorences e Tornabene “este tipo de nulidades se vincula a defectos del acto que se encuentran en pugna con otro tipo de regulación no procesal específica, tales como la Constitución, un tratado internacional, una disposición de fondo en materia penal, civil, etc., o el conjunto del régimen procesal tomado como sistema”³⁰⁶.

De fato, como visto, os problemas decorrentes de uma adoção irrestrita do princípio da taxatividade conduzem o processo penal a um formalismo extremo que, como já informado, pode inclusive, em certos casos, servir como contra-garantia. A fim de se evitar tamanho rigor e por vezes certa incongruência principiológica, a relativização do princípio da taxatividade se dá em dois momentos distintos: a) o que é relativizado é a radical rigidez das nulidades que não incidiram sobre casos não normatizados expressamente na lei processual penal infraconstitucional; b) as nulidades na legislação são de caráter absoluto, restando embora excepcionadas pela observância do princípio da escusa absolutória.

Também no direito processual penal italiano encontra-se uma forma de se romper o princípio da taxatividade³⁰⁷. Quando o juiz pratica ato processual manifestamente discricionário, excedendo na legitimidade de seu poder jurisdicional, fala-se na “abnormità³⁰⁸”, que poderia ser traduzida por “anormalidade”. Nas palavras de Zignani, anormalidade é noção de congênita matriz jurisprudencial: nascida da praxis diante de exigências de justiça substancial, por aquela conheceu a sua evolução teórica e em via precípua, aplicativa³⁰⁹. De acordo com Carnelutti, o excesso consiste na direção do poder judicial à obtenção de um fim não judicial, isto é, não o accertamento mas à constituição do direito objetivo ao exercício do direito subjetivo³¹⁰. Em casos assim, quando há um vício de

³⁰⁵ “las nulidades implícitas o virtuales son las que fulminan la validez del acto, no obstante no estar expresamente contenidas en disposiciones procesales, ya que las mismas colisionan con expresas prohibiciones o exigencias de la ley formal o sustancial”. LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 160.

³⁰⁶ LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. p. 159.

³⁰⁷ CATALANO, Elena Maria. Giurisprudenza Creativa nel Processo Penale Italiano e nella Common Law: abnormità, inesistenza e plain error rule. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXIX, 1996. p. 304.

³⁰⁸ A anormalidade permite apresentar um remédio contra o arbítrio judicial, legitimando a interposição de medidas contra um provimento jurisdicional afetado pelo vício *in procedendo*. DI PALMA, Elisabeth M.T. Inesistenza Giuridica: categoria estrema ma irrinunciabile. *In PERCHINUNNO, Vincenzo. Percorsi di Procedura Penali II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*. p. 228.

³⁰⁹ ZIGNANI, Davide. Sulla Nozione di Abnormità nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. LIX. v. I, Padova: CEDAM, 2004. p.245.

³¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Eccesso di Potere. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. I. p. 47.

um ato processual não por que se enquadre nos casos previstos normativamente para a declaração da nulidade, mas pela prática de um “abuso de poder”, seria possível a declaração da invalidade do ato. Trata-se de um instituto, guardadas as respectivas diferenças, que se assemelha às causas permissivas da correição parcial. A anormalidade se transforma num homólogo dos *plain error rules* de matriz anglo-saxã: um instrumento conceitual produto do direito natural, que modera os riscos de colapso do sistema processual, temperando os excessivos rigores formalísticos³¹¹. A *abnormità* possui, segundo Zignani, a função de não privar a jurisprudência de um mecanismo dútil de controle do *fairness* processual³¹². Não por outro motivo senão a taxatividade rigorosa do Código de Processo Penal italiano de 1930 é que permitiu à jurisprudência a construção da referida categoria³¹³.

Com o exemplo acima se quer simplesmente destacar que em determinados momentos a doutrina e a jurisprudência trataram de criar mecanismos que possibilitem escapar do rigor formalístico que impregna o princípio da taxatividade. Conde Correia cuida do seguinte caso: “se o legislador permitisse ao juiz (durante a fase de julgamento ou de recurso) a renovação de uma acusação nula, estaria a violar o princípio do acusatório, que impõe a separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga”³¹⁴. Também no sistema processual penal brasileiro tal ato seria inválido. Todavia, não porque tal declaração judicial de invalidade esteja amparada em norma disciplinada nos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro. Mas a resposta está intimamente ligada aos preceitos constitucionais que estruturam o processo penal, muito embora não seja atribuível a nenhum princípio específico – senão à somatória de todos – o caráter invalidante do ato processual defeituoso.

Não é necessário criar categorias jurídicas novas para cada desvio de poder ou prática irregular de ato processual, muito menos denominar de implícitas as invalidades resultante de violação a normas constitucionais. O princípio da taxatividade temperada se

³¹¹ ZIGNANI, Davide. Sulla Nozione di Abnormità nel Processo Penale. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. LIX. v. I, 2004. p. 247.

³¹² ZIGNANI, Davide. Sulla Nozione di Abnormità nel Processo Penale. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. LIX. v. I, 2004. p. 245.

³¹³ ZIGNANI, Davide. Sulla Nozione di Abnormità nel Processo Penale. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. LIX. v. I, 2004. p. 248.

³¹⁴ CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. p. 132.

encarrega de um tratamento rigoroso relativamente às nulidades codificadas, sem descurar dos elementos principiológicos que norteiam o processo penal contemporâneo, daí por que se chegou a falar num subprincípio derivado do primeiro, denominado de princípio da elasticidade. Aqui, as violações a quaisquer dos princípios constitucionais – consignadas em um mesmo rótulo: violação ao sistema acusatório – autorizam o reconhecimento da invalidade pelo magistrado ou tribunal.

Uma vez esgotado este ponto, resta ainda o exame do próximo ponto: a argüição de nulidade pelo Ministério Público.

3.9 Limitação à Alegação de Invalidade Processual pelo Ministério Público

Antes mesmo de levar adiante a questão referente à teoria das nulidades é preciso adiantar duas posturas teóricas. A primeira, relativa ao fato de que para a sustentação do presente tópico o Ministério Público será considerado como parte processual, embora autores como Manzini, por exemplo, neguem tal qualidade³¹⁵. A fim de não ingressar em tal terreno teórico, que não é objeto da presente investigação, cabe salientar que a negativa da qualidade de parte ao Ministério Público parte principalmente de autores que: a) concebiam o processo penal como correlato de uma estrutura administrativa; b) ou ainda, concebiam o processo penal como um instrumento de repressão penal, pelo que a negativa do Ministério Público como parte compunha um cenário articulado em um contexto epocal totalitário³¹⁶. Assim, à luz da Constituição da República brasileira que assinala a distinção entre a atividade de acusar e julgar (art. 129, I CF) e que estabelece a legitimidade do Ministério Público para a ação penal pública, não se procurará enfrentar maiores discussões sobre a natureza do Ministério Público como parte ou não do processo penal.

A segunda questão apontada antes mesmo de se adentrar no mérito do presente tópico concerne à constatação acerca da natureza “imparcial” do Ministério Público, cuja dificuldade teórica já fora exposta por Carnelutti há bom tempo³¹⁷. Considerar-se-á o

³¹⁵ Cf LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. v. II. p. 01 e ss.

³¹⁶ Sobre a política criminal autoritária ensina De Vabres que os direitos individuais são medidos a partir do bem coletivo, não se admitindo oposição ao Estado. DE VABRES, H. Donnedieu. *La Politique Criminelle des États Autoritaires*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937. p. 45-46.

³¹⁷ “Se existe uma figura ambígua no processo civil e penal é o ministério público. Quando comecei a ocupar-me, nas primeiras tentativas de sistematização do direito processual, sua ambigüidade me influenciou de tal

Ministério Público como uma verdadeira parte processual. A sua “imparcialidade”, a pretexto de uma alquimia semântica insustentável, diz com a assimilação da função de *custos legis* realizada pelo Ministério Público, especialmente na competência não-penal. Exigir-se do acusador uma imparcialidade é desconsiderar-se toda a questão da contaminação, do subjetivismo e inclusive das projeções não raro assumidas desde logo, que a psicanálise se encarrega de precisar, cujas lições não será necessário aqui repisar. De toda sorte, mesmo considerado como parte, o Ministério Público sofre algumas limitações no processo penal que seriam inaceitáveis no caso de um processo civil, por exemplo.

Tais limitações decorrem do conjunto de princípios constitucionais que procura concretizar o que se denomina de instrumentalidade constitucional do processo penal, que se resolve em termos de uma redução de danos ou proteção do hipossuficiente. Tal organização principiológica oferece um processo penal desequilibrado, a começar pela carga probatória e que se estende por inúmeros outros institutos, incluindo até mesmo o trânsito em julgado da sentença (revisão criminal). A grande função exercida pelo Ministério Público é permitir a separação das funções de acusar e julgar, cabendo tais funções a órgãos distintos³¹⁸. Nas palavras de Guarneri, o Ministério Público reveste-se da condição de um natural contraditor do acusado, também outra parte processual³¹⁹. A par do advento da Constituição da República de 1988, o defensor do acusado, apesar de assumir iguais condições em relação ao órgão da acusação, não perde aqueles benefícios que sustentam a dimensão isonômica em sua vertente material (desequilíbrio equitativo). Como fala Carnelutti, a definição do defensor como parte pública, ao par com o Ministério Público tem raízes longínquas, a qual é necessária para dar flores e frutos³²⁰. Entretanto,

forma a vir na mente a quadratura do círculo: não é como enquadrar um círculo construir uma parte imparcial? CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. VIII, 1953. p. 257.

³¹⁸ “O MP do Brasil, como se sabe, não é só separado completamente da magistratura como, na CR/88, assumiu um status de quase completa desvinculação do Poder Executivo. A par dos exageros de quem fala em um *quarto poder*, a ‘instituição’ ganhou um lugar privilegiado de defesa da Constituição e da cidadania, mormente enquanto a *sociedade civil* não se organiza por si só”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice. *In Boletim IBCCRIM*. n. 17. n. 200. p. 23.

³¹⁹ GUARNERI, José. *Las Partes en el Proceso Penal*.

³²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Actus Trium Personarum. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xix, 1964. p. 521.

como o próprio mestre italiano reconhece, na prática tal igualdade se encontra por demais distante de uma plena consolidação³²¹.

No que guarda íntima relação com o objeto de estudo, a teoria da invalidade processual, assim como em múltiplos aspectos do processo penal, não pode ser trabalhada a partir de um conceito isonômico formal, como plena igualdade de faculdades processuais. Pelo que até então foi exposto as nulidades processuais podem ser entendidas como verdadeiras garantias. No entanto, de acordo com a distribuição de chances processuais (Goldschmidt), uma acepção igualitária da teoria das nulidades pode redundar no tratamento da invalidade processual como uma contra-garantia, no exato desenvolvimento que lhe outorgou o regime inquisitorial. Como premissa que inspira o presente tópico, a faculdade processual de argüição da nulidade e mais bem o seu reconhecimento não devem ser orientados pela finalidade de oferecer tratamento igualitário às partes, desiguais pela própria natureza do processo penal.

Como aponta Lopes Júnior, já adiantando de certa maneira a redução da faculdade de argüição da nulidade processual pelo Ministério Público (decorrência da instrumentalidade constitucional do processo penal), reduzindo-a a casos de defeitos extremos “não cabe anular-se um processo por defeito, salvo de houver pedido da defesa ou isso for feito, em seu benefício, de ofício pelo Tribunal. Excepcionalmente, quando a violação de princípio constitucional afetar gravemente ao acusador, estará legitimado o Ministério Público a pleitear o reconhecimento judicial da invalidade”³²².

Leone, ao examinar a problemática em torno da legitimação processual para a argüição das solenidades não cumpridas, destaca a possibilidade de que determinadas normas que prescrevem certas formas admitam tão somente uma subjetivização passiva unilateral. O princípio do interesse, que aparece no art. 565 Código de Processo Penal brasileiro oferece uma modalidade de faculdade subjetiva unilateral. As normas que prescrevem formas processuais não necessitam ser postas a título de proteção do processo

³²¹ Para Carnelutti o código vigente, contrastando com o ministério público como parte privada e a praxe elevando o ministério público, ao alto, no mesmo nível do juiz e o defensor em baixo, ao nível da parte em sentido material e em particular do acusado, terminou por frustrar aquela definição. CARNELUTTI, Francesco. *Actus Trium Personarum*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xix, 1964. p. 522.

³²² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 394.

em si mesmas consideradas. Com isso não se poderia falar numa legitimação que englobasse a totalidade dos sujeitos processuais para alegação do descumprimento³²³.

Apesar da menção ao princípio do interesse, como exposto anteriormente, a sua incidência no processo penal é manifestamente inadequada. Como seria possível, desta forma, falar-se em faculdade subjetiva unilateral? Esta sistemática decorre não de um princípio especialmente considerado, mas da própria natureza jurídica de garantia das nulidades. A posição de garantia destaca que a faculdade de arguição da nulidade pelo Ministério Público somente pode ocorrer em casos derradeiros, extremos. Uma vez mais há que se ponderar que a parte acusadora e o acusado não se encontram em um mesmo nível, justamente pela instrumentalidade constitucional do processo penal.

Esta mudança de perspectiva remete a legitimidade processual para a arguição da nulidade a uma séria limitação, baseada em primeiro lugar, nos casos em que se torne impossível a sustentação da hipótese acusatória. Quando o juiz violar por completo a possibilidade de o Ministério Público atuar como parte processual é que estaria o órgão de acusação autorizado a requerer o reconhecimento da invalidade. Trata-se, mais do que de uma garantia institucional de proteção ao Ministério Público, de uma garantia novamente voltada para a proteção do réu. O processo acusatório exige a separação dos papéis processuais, pelo que mesmo uma limitação ao exercício da atuação do Ministério Público poderia ensejar a realização de atos, pelo juiz, suplementares à precariedade acusatória. Neste sentido, uma atuação jurisdicional mesmo inconsciente, que levasse adiante uma tentativa de suprir os defeitos da acusação seria prejudicial ao acusado.

Num segundo momento, a limitação à arguição da invalidade pelo Ministério Público diz respeito ao próprio princípio de legalidade. Nas palavras de Tolomei o princípio da legalidade é a garantia contra o exercício arbitrário do Ministério Público³²⁴. As nulidades processuais, portanto, estão em nítida sintonia com o referido princípio, pelo que a atividade jurisdicional irregular enquadra-se na proteção do acusado e na preservação da legalidade. Como aponta Lopes Júnior, ao comentar a legitimidade ativa para se argüir o

³²³ Para Leone uma norma que prescreve determinada formalidade, não é posta sempre na tutela de interesses de todas as partes, mas pode ter uma subjetivização passiva unilateral determinando em tal caso para qualquer parte a titularidade de um direito processual a exigir a observância e a deduzir a eventual violação; direito que não surge na outra parte. LEONE, Giovanni. *Sistema Della Impugnazioni Penali*. Napoli: Eugenio Jovene, 1935. p. 27.

³²⁴ TOLOMEI, Alberto Domenico. *I Principi Fondamentali del Processo Penale*. p. 64.

reconhecimento da invalidade processual, “patologias judiciárias dessa natureza legitimam o Ministério Público a postular o reconhecimento da invalidade processual, mas sempre que houver a violação da base principiológica da Constituição”³²⁵. A limitação da legitimação ativa para o reconhecimento da invalidade processual pelo Ministério Público não se esgota nos casos em que ficar manifestamente comprometido o exercício de um juízo acusatório (irredutibilidade do princípio da separação das funções de acusar e julgar). Há uma segunda barreira processual a ensejar a aludida limitação. Aqui entra em cena o já comentado princípio da escusa absolutória.

Além da existência de um grave defeito processual capaz de obliterar a estreita separação funcional entre as atividades encomendadas a órgãos estatais distintos, a declaração de nulidade somente ocorrerá quando não se evidenciar a possibilidade de emitir-se um édito absolutório. O caráter residual das nulidades em detrimento do mérito absolutório determina a prevalência da redução de danos. Limitar-se o exercício da acusação é mais favorável do que a manutenção de um processo em que não existam evidências fundadas do cometimento de um crime. Sob esta mesma ótica não se pode olvidar do subprincípio da preclusão probatória ou proibição de obtenção de vantagem processual a partir da declaração de nulidade. A invalidade não pode ter como fator declaratório a repristinação de atos de cognição, para melhor aproveitamento das chances processuais. Assim, para que não devenha em um instrumento de contra-garantia, a arguição de nulidade pelo Ministério Público possui limites muito mais apertados. Pastor denomina a garantia que protege o acusado de ser vítima dos próprios direitos fundamentais que lhe protegem de “proibição de interpretação perversa”³²⁶.

Pastor examina um caso analisado pela Corte Constitucional argentina, no qual resta evidenciada a tentativa estratégica de decretação de nulidade a fim de fazer o processo penal retroceder a um estágio anterior. O caso Pinna³²⁷ corresponde a uma decisão da Corte

³²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 393.

³²⁶ Ao comentar sobre a inversão das nulidades Pastor adverte que “la interpretación en esto es perversa porque conduce al destino de que los individuos prefieran no estar amparados por las garantías fundamentales. En efecto, si sólo pueden ser declaradas de oficio las infracciones procesales que signifiquen violación de normas constitucionales, al acusado del caso ‘Alsogaray’ más le hubiera servido que el derecho de defensa no tuviera jerarquía fundamental o que ni siquiera estuviera reconocido, incluso por la ley secundaria. Lo mismo sucede nel caso ‘Pinna’ en que la garantía del individuo es utilizada para protección del fiscal, al igual que en ‘Bramajo’”. PASTOR, Daniel R. *¿Derechos Fundamentales o Persecución Penal si Límites?* Buenos Aires:Editores del Puerto, 2004.p. 41.

³²⁷ PASTOR, Daniel R. *¿Derechos Fundamentales o Persecución Penal si Límites?* p. 36-37.

de Cassação argentina, no qual uma sentença foi anulada, mediante recurso do Ministério Público, embora por motivo diverso que ensejou a impugnação. Apesar de o acusado ter sido absolvido, engendrando o recurso da acusação, o tribunal anulou a sentença absolutória arguindo a violação de regra processual que exige, na sentença, a enunciação precisa do fato criminoso. A exigência de que a sentença descreva o fato delituoso, cuja ausência se encontra como elemento de validade do ato judicial pode derivar numa declaração de nulidade que tem como fundamento a proteção do acusado. Trata-se de assegurar a vigência do princípio da correlação entre acusação e sentença, a fim de que a decisão que esgota a prestação jurisdicional não produza, por si só, um fato não narrado na denúncia, em prejuízo do réu quando decretada sua condenação. Entretanto, não é o caso mencionado por Pastor. Aqui o Tribunal anula uma decisão absolutória por formalidade descumprida. Para além da violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, o que se verifica é que a nulidade surgiu como contra-garantia. Com efeito, qual o objetivo da declaração de nulidade senão fazer o processo penal retroagir, a fim de que a prova seja reexaminada, bem ao gosto dos pré-julgamentos inquisitoriais?

Retornando ao problema da declaração judicial das nulidades pelo Ministério Público e a sua relação como princípio da escusa absolutória, pode-se afirmar que o custo mais gravoso do processo ocorreria na continuidade de um procedimento infundado, pelo descumprimento de uma forma que caberia ao próprio Estado fiscalizar quanto à realização em perfeita harmonia com seus elementos normativos. Como afirma Polidori a noção juridicamente relevante do interesse, portanto, longe de se exaurir da representação subjetiva do titular, que individualiza uma utilidade a perseguir e age de consequência, se conforma a um valor expresso pelo ordenamento³²⁸. Aqui, a cláusula *fair trial*, já devidamente examinada, possui uma natureza jurídico-constitucional de mesma hierarquia que o princípio de não culpabilidade, o que autoriza a limitação da invalidade a casos não abrangidos pelo princípio da escusa absolutória.

Uma possível crítica à sustentação da limitação da arguição de nulidade pelo Ministério Público poderia estar sedimentada na representação da sociedade, mediante uma instituição do próprio Estado. Todavia, se o Ministério Público representa o Estado, o que

³²⁸ POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*. p. 130.

impediria o órgão acusador de, por si mesmo, declarar a invalidade do ato processual?³²⁹. A separação das funções e o papel de parte processual impedem que o próprio Ministério Público a declare, evidentemente. No entanto, a principal função assumida pelo Ministério Público, sob a ótica da instrumentalidade constitucional do processo penal não é levar a cabo a realização da punição dos “culpados” como sustenta um setor doutrinário seduzido pela ideologia da defesa social³³⁰. Sua principal função é permitir a separação das funções de acusar e julgar, autorizando ao juiz a conhecer o “verso e o reverso do fato”, nas palavras de Carnelutti³³¹. Limitar a argüição de nulidade a casos excepcionais e mesmo assim, subordinados à avaliação sobre a conveniência de sua decretação (impossibilidade momentânea de se emitir juízo absolutório), de acordo com o princípio da escusa absolutória decorre da cláusula *fair trial*.

Também cumpre destacar que o próprio conceito de legitimação e interesse processual no reconhecimento da nulidade deve estar condicionado à demonstração de um indelével exercício jurisdicional que não respeitou a estrita separação das funções processuais. Se a nulidade processual é uma garantia a sua legitimação exige uma qualificação especial do agente postulante³³². Atualizando-se o pensamento do autor italiano para o processo penal, o interesse na declaração de nulidade, além de exigir uma qualidade especial do sujeito processual que argüi a invalidade (tendo em vista se tratar a nulidade de uma garantia do hipossuficiente), requer uma relevância qualificada pelo comprometimento da separação das funções processuais. De acordo com Invrea, legitimação corresponde a aquela posição do agente frente ao objeto do ato jurídico, pela qual o próprio objeto é suscetível de efeito jurídico normal do ato referido³³³.

³²⁹ “Si la declaración de las nulidades constituye un resultado de la actividad decisoria en el proceso penal, dicha tarea le va a estar vedada al representante del Ministerio Público Fiscal y consecuentemente, reservada solamente al órgano investigado de la jurisdicción”. CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* p. 118.

³³⁰ Embora se saiba que o termo culpado apenas possa surgir após o trânsito em julgado, com a assunção de um status negativo – já demonstrado de longa data pela etnometodologia – vozes insistem que o processo penal serve para punir os culpados, o que demonstra que, apara além da força argumentativa, parte-se de uma premissa infundada e acrítica.

³³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Actus Trium Personarum*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. xix, 1964.

³³² INVREA, Francesco. *Possibilità Giuridica e Legitimazione*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. Padova, 1939. p.316.

³³³ INVREA, Francesco. *Possibilità Giuridica e Legitimazione*. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. 1939. p. 321.

A não demonstração da inviabilidade da separação das funções processuais e o próprio não afastamento da arguição do âmbito de incidência do princípio da escusa absolutória são condições que debelam o reconhecimento da invalidade. La Rocca destaca a necessidade de se observar que se deve distinguir entre norma posta no interesse de uma parte e interesse de uma parte à observância de uma norma³³⁴. Enquanto no processo civil as normas processuais via de regra tratam de interesses simétricos, as normas de processo penal são assimétricas. Desta maneira, as invalidades correspondem a normas a serviço do interesse protetivo do hipossuficiente, pelo que a legitimação do Ministério Público, para arguição da nulidade, estaria restrita a casos extremos³³⁵.

Não se pode cogitar que uma nulidade suscitada pelo Ministério Público possa, em detrimento do interesse do próprio tutelado (acusado) ser reconhecida, a menos que a manutenção da irregularidade atinja a própria concepção do processo como *actus trium personarum* (uma espécie de comistão de funções processuais centralizadas na figura do juiz). Seria paradoxal que um órgão estatal aduza uma invalidade para se nulificar ato desrespeitado pelo próprio Estado quando da omissão de sua função fiscalizatória³³⁶.

Justificada a limitação das nulidades processuais a casos extremos de violação do modelo acusatório que exige a distinção das funções processuais, as nulidades são garantias postas a serviço do sujeito débil no processo, o acusado³³⁷. Desta maneira, a restrição e a assimetria na legitimação para a arguição da invalidade é essencial à reestruturação da teoria das nulidades.

3.10 Princípio da Extensibilidade Jurisdicional: as nulidades na investigação preliminar

³³⁴ LA ROCCA, Manlio. *Studi Sul Problema del "Fatto" nel Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1954. p. 65.

³³⁵ Para La Rocca a instituição de uma norma que tutele um interesse processual de uma parte, sem dúvida realiza um interesse cristalizado na norma e ato que individualizam o titular de uma faculdade. Mas o interesse da observância das disposições não tem nada a ver com o interesse à criação dela mesma. O destinatário de uma norma, de fato, em muitos casos, pode ser indiferente ou, mesmo, ter um interesse contrário à observância da própria disposição. LA ROCCA, Manlio. *Studi Sul Problema del "Fatto" nel Processo Penale*. p. 66.

³³⁶ Segundo La Rocca a obrigação da observação das normas processuais gerais não significa a possibilidade que a parte tenha um efetivo interesse na aplicação da norma, mas sim que venham respeitadas as disposições que tutelam a atividade processual da parte. Mas o interesse na observação da disposição não pode ser um interesse concreto, fundado no prejuízo que a falta de aplicação da mesma norma acarreta à parte. LA ROCCA, Manlio. *Studi Sul Problema del "Fatto" nel Processo Penale*. p. 67.

³³⁷ De acordo com Pastor: "dicho mecanismo ha sido establecido solamente en proteccion de las garantías fundamentales del individuo perseguido penalmente, únicas cuya violación da sustento a un supuesto de nulidad absoluta". PASTOR, Daniel R. *¿Derechos Fundamentales o Persecución Penal si Límites?* p. 38.

Afirma em sua grande maioria, a jurisprudência e a doutrina nacionais, que a irregularidade praticada em sede de investigação preliminar não contamina a ação penal. A ausência de defensor ou a não advertência do acusado de seu direito de permanecer em silêncio durante a lavratura do auto de prisão em flagrante podem ser consideradas espécies de irregularidades praticadas no âmbito da investigação preliminar. O resultado de tal ato irregular consistiria em seu desfazimento, quando o magistrado encarregado do exame da legalidade da prisão acabaria por não a homologar – frente à ilegalidade – e determinaria a soltura do flagrado (desfazimento do ato prisional).

No entanto, o posicionamento adotado pelos pretórios pátrios assim como a doutrina processual penal - formalista em sua essência - acaba por não entender passível de contaminação a ação penal derivada³³⁸. A informação obtida inclusive mediante a lavratura do auto de prisão em flagrante ilegal poderia ser utilizada para deflagrar a instauração do processo penal, sem custo adicional algum³³⁹. A justificativa comumente empregada situa-se na extrajudicialidade dos atos praticados na investigação preliminar, que fugiriam ao controle de validade atinente a uma ação penal consubstanciada naquela informação, mesmo que proveniente de uma ilicitude ou irregularidade. Igualmente, não se pode esquecer-se daquela comum e não menos efficientista argumentação que declara que “os atos do inquérito policial destinam-se somente à formação da *opinio delicti*”. No entanto, como é cediço e inclusive respaldado pela reforma processual de 2008, o inquérito policial serviria – desde que cotejado com os demais elementos de prova judicializados – para fundamento decisório. Como sustenta Hartmann, a decisão condenatória é comumente fundada nos atos de inquérito, “sobretudo porque determinadas provas, que lá estão, não

³³⁸ “Destarte, o rançoso discurso de que as irregularidades do inquérito não contaminam o processo não é uma verdade absoluta e tampouco deve ser considerada uma regra geral. Todo o contrário, exige-se do juiz uma diligência tal na condução do processo que o leve a verificar se, no curso do IP, não foi cometida alguma nulidade absoluta ou relativa (quando alegada). Verificada, o ato deverá ser repetido e excluída a respectiva peça que o materializa, sob pena de contaminação dos atos que dele derivem. Caso o ato não seja repetido, ainda que por impossibilidade, sua valoração na sentença ensejará a nulidade do processo”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. p. 221.

³³⁹ Muito embora a advertência de Arnaldo Siqueira Lima: “pode concluir-se que as afirmações feitas alhures, de que o inquérito policial sendo mera peça informativa não atinge a ação penal com seus vícios, não encontram respaldo na ordem jurídica”. LIMA, Arnaldo Siqueira de. Vícios do Inquérito Policial Maculam a Ação Penal. In *Boletim do IBCCRIM*. n. 82, 1999.p.10

serão reproduzidas em juízo, por diversas razões, algumas até Justificáveis (basta pensar no quão impossível é refazer o exame de necropsia), outras nem tanto”³⁴⁰.

Como se pode perceber, traça-se uma cisão absoluta entre atos jurisdicionais de instrução, estes sim sujeitos ao controle de validade, e aqueles cuja finalidade consiste na colheita de elementos capazes de arregimentar uma denúncia. Utilizou-se o exemplo de um flagrante (modalidade de início da investigação preliminar) irregular. Mas bem seria possível estender-se aos demais atos do inquérito policial, como a tomada de depoimentos, o próprio depoimento de suspeitos sem assistência de advogado, confissões obtidas de maneira ilícita, delações conseguidas mediante emprego de tortura ou outros meios ilícitos, etc.

A aceitação da utilização das informações obtidas na investigação preliminar como elementos de embasamento da ação penal, portanto, não é na prática, questionada³⁴¹, aceitando-se aquela cisão artificial que permite uma espécie de purgação da ilicitude dos atos de investigação, tão logo se transformem em elementos de suporte acusatório. De regra a investigação preliminar possui a natureza de procedimento administrativo. Esta não sujeição aos vínculos de validade dos atos processuais jurisdicionais e a sua atribuição de mero ato administrativo é que permitem a sustentação teórica da não contaminação.

Como até então exposto, na investigação preliminar não se opera o controle jurisdicional sobre a validade dos atos. Em que pese a doutrina e jurisprudência negarem o referido controle, uma nova teoria das invalidades processuais penais deve reexaminar o problema da investigação preliminar. De acordo com Hartmann, “não há como aceitar a versão que não admite vícios no Inquérito Policial, visto que a formalidade dos atos existem (eis o CPP, art. 4 a 23) e a forma, como visto, mormente na esfera criminal, é garantia do cidadão perante os atos do Estado”³⁴².

³⁴⁰ HARTMANN, Érica de Oliveira. Nulidade no Inquérito Policial – reconhecimento e conseqüências. In *Raízes Jurídicas*. v. 4. n.1. jan/jun. Curitiba, 2008. p. 295.

³⁴¹ De acordo com Choukr, “já se admitiu, também, a confissão extrajudicial como prova em juízo se o réu for portador de ‘maus antecedentes’, bem como ter ela o mesmo valor da judicial ainda que tomada por escrito, ou ainda quando, juntamente com a ‘admissão’ policial, vier a apreensão de objetos em poder do indiciado ou, de maneira geral, quando vier acompanhada de outros elementos de prova colhidos em juízo”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2001. p. 137.

³⁴² HARTMANN, Érica de Oliveira. Nulidade no Inquérito Policial – reconhecimento e conseqüências. In *Raízes Jurídicas*. v. 4. n.1. jan/jun. Curitiba, 2008. p. 296.

O primeiro ponto deve ater-se à questão da natureza dos elementos de informação quanto ao tempo de sua produção. Costuma a doutrina apontar duas classes de elementos informadores: a chamada prova repetível e a não repetível. Enquanto a primeira pode ser refeita no curso do processo, dada a sua vitalidade, imune à passagem temporal, a segunda denominada irrepitível corresponde àquela que somente pode ser realizada uma única vez com um grau relativo de qualidade. No primeiro caso ingressam, por exemplo, as provas documentais e testemunhais. Podem ser produzidas a qualquer momento, sem que a passagem do tempo produza uma diminuição em sua prestabilidade cognitiva. No segundo, por irrepitível se tem aquela prova cujo decurso temporal tem o condão de lhe descaracterizar ou diminuir-lhe sensivelmente, a qualidade cognitiva. Nesse sentido, é possível afirmar-se que a prova perece. Perecimento da prova significa a imprestabilidade do elemento de informação para o fim imediato a que se destina: a reconstrução do caso penal. Desta maneira, uma prova pericial, via de regra quando recai sobre vestígio do crime deve ser imediatamente produzida, sob pena das impressões deixadas pelo delito serem apagadas ou corroídas pelo tempo. Da mesma forma uma prova testemunhal que esteja com doença em fase terminal adquiriria o caráter de irrepitibilidade pois a condição que lhe é específica determina a sua perda para o processo caso não seja de imediato colhida.

Nos casos das provas irrepitíveis, de acordo com o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro, ocorrerá a medida cautelar de produção antecipada de prova a fim de permitir a sua produção antes de sua perda. Com relação a estas provas realizadas mediante medida cautelar que deve ser tomada obedecendo-se aos requisitos próprios do princípio da proporcionalidade, inexistente maior discussão acerca da sua submissão ao controle jurisdicional de validade dos atos processuais. Ao se judicializar a prova e submetê-la ao crivo do contraditório, as normas que determinam a invalidade do ato processual sem maiores discussões aplicam-se à cautelar, podendo-se inclusive falar-se em nulidade da prova colhida em desrespeito às regras perfectibilizadoras de sua produção.

Entretanto a dificuldade se afigura justamente naquelas provas ditas repetíveis. Se por um lado a prova irrepitível destina-se – pela natureza de prova (judicializada e submetida ao contraditório) a fornecer elementos de convicção ao magistrado, a investigação preliminar, pela sua natureza, surge na doutrina como um procedimento cuja finalidade é permitir a formação da *opinio delicti*. Ao se resumir a função da investigação

preliminar a um *modus* de angariar elementos de convicção sobre um delito para o órgão da acusação, as informações ali obtidas não tem o objetivo de servir de elementos de convencimento judicial.

O art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro afirma que o juiz não poderá formar a sua convicção com base exclusiva nos autos do inquérito policial, o que por analogia também se estende às demais modalidades de investigação preliminar como as comissões parlamentares de inquérito. Justamente pela ausência de contraditório³⁴³, ampla defesa e demais princípios constitucionais, uma condenação baseada exclusivamente no inquérito policial seria temerária. Em que pese o elemento protetivo consolidado no art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro, o acompanhamento dos autos do inquérito juntamente com a denúncia e a possibilidade de fundamentação de um édito condenatório quando houver “cotejo” dos elementos informacionais do inquérito com o restante da prova³⁴⁴ judicializada deve levar a um redimensionamento da questão referente às nulidades processuais e a sua aplicação a atos da investigação preliminar.

Em primeiro lugar, não é preciso uma investigação muito profunda sobre o funcionamento dos mecanismos subjetivos de tomada de decisão para se chegar à conclusão de que os elementos de informação contidos no inquérito policial podem conduzir ao convencimento do magistrado. Não raro e malgrado a hipocrisia muitas vezes imperante, juízes tomam sua decisão motivada pelos elementos colacionados em sede de investigação preliminar. A manutenção do genial artefato protagonizado pelo “sistema misto” napoleônico³⁴⁵, que permite que a prova seja realizada inquisitorialmente, oferecendo-se a *posteriori* um processo de regra acusatório mantém a sua genealogia no

³⁴³ Fassone chega a falar na necessidade de se rumar a uma cultura do contraditório. FASSONE, Elio. Dalla “Certezza” All’ “Ipotesi Preferibile”: un metodo per la valutazione. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXVIII. Milano:Giuffrè, 1995. p. 1130.

³⁴⁴ “Longe de se tratar de posições isoladas, configuram esses entendimentos verdadeira vertente jurisprudencial, onde se confunde prova com meio de prova e com naturalidade é vista a possibilidade de mescla dos dados colhidos no inquérito na ação penal. Diante desse quadro a inexistência de um contraditório transforma o processo penal em algo disforme, onde o Estado-jurisdição cede espaço ao Estado-administração e acaba se servindo inadvertidamente deste último como verdadeira escora para emanar uma sentença”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. p. 136.

³⁴⁵ “No plano das garantias processuais, as constituições modernas asseguram que a sentença condenatória só pode ter por fundamento a prova validamente praticada no curso da fase processual, com plena observância da publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa. Isso exclui a possibilidade de que os atos de investigação, cuja estrutura não garante esses direitos, sejam considerados como meios de prova, logo, suscetíveis de valoração no momento da sentença”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. p. 132.

sistema processual penal brasileiro³⁴⁶. Como em *Il Gattopardo*, de Tancredi di Lampedusa, “muda-se tudo para que permaneça como está”³⁴⁷.

A partir dessa premissa não se está defendendo a natureza mista do processo penal brasileiro como querem alguns. Até mesmo pelo fato de a investigação preliminar poder ser considerada um procedimento administrativo e não jurisdicional, não se falando em provas, mas tão somente indícios apurados nesta fase. Todavia, quando se permite o ingresso dos autos do inquérito cancela-se a oportunidade de o magistrado contaminar-se com aqueles elementos de informação, não raro podendo, conforme o caso, possuir um teor de convencimento radicalmente alto. A vedação contida no modelo brasileiro diz respeito apenas à totalidade da sentença fundamentada em investigação preliminar. Mas bastem algumas palavras, extraídas de um depoimento judicial, que sirvam como meio de ratificação dos indícios colhidos no inquérito e, num passe de mágica, a sentença se faz legítima.

Esta manipulação semântica contida no cotejo dos elementos do processo com aqueles da investigação preliminar permite – é preciso ser franco – que o inquérito continue sendo o que sempre foi no sistema processual brasileiro: um apêndice inquisitório da acusação, cujo senso comum jurídico inclusive o ratifica a partir do princípio da regularidade dos atos da administração pública. Não se pode acreditar que o juiz esteja imune aos vestígios encontrados no inquérito, o que equivaleria a seguir acreditando no princípio da racionalidade como o grande fio condutor do homem (e não aquele buraco, preenchido sempre parcialmente pelo desejo, como intuiu magistralmente Lacan).

Se se quisesse realmente assumir os custos de um processo acusatório, certamente como tenciona fazer o sistema italiano, os autos do inquérito não teriam necessidade (e muito menos possibilidade jurídica) de ingressar no processo. Que outra razão haveria para

³⁴⁶ “A limitação da eficácia dos atos de investigação está justificada pela forma mediante a qual são praticados, pois a maior parte dos sistemas processuais mantêm na investigação preliminar os rasgos do sistema inquisitório, representados pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. Ademais, nos modelos de instrução preliminar policial ou a cargo do MP, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só não foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é meramente aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. p. 132.

³⁴⁷

adentrar no processo procedimento cuja finalidade (formação da *opinio delicti*) fora esgotada em momento anterior, senão a de reforçar os delírios persecutórios latentes no magistrado? O cotejo da prova com os elementos do inquérito é uma burla de etiquetas que permite que o magistrado obedeça a um servilismo apostólico ao modelo inquisitorial³⁴⁸. Como assegura Roxin, sobre a investigação preliminar (inclusive considerando-se a gigantesca diferença de tratamento do investigado existente entre o direito alemão e brasileiro) “el gran peligro para el principio *nemo tenetur* gira en torno a la primera declaración policial”³⁴⁹. Que perigo adviria se esta informação não pudesse servir para uma finalidade espúria, se realmente esta informação se restringisse ao plano da investigação preliminar?

Onde ingressa o problema relativo às nulidades referentes aos atos de investigação, portanto? A resposta parece à esta altura bastante óbvia. O art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro autoriza a fundamentação baseada em ato administrativo próprio da investigação preliminar. A vedação consiste na fundamentação exclusiva em inquérito. Ao se autorizar a fundamentação com base em ato de investigação, e ao mesmo tempo a mesma doutrina e jurisprudência asseveram a inaplicabilidade das nulidades no âmbito da esfera da investigação preliminar, cria-se o seguinte paradoxo: admite-se como fundamento de decisão ato administrativo não passível de controle de legalidade³⁵⁰. Um depoimento irregular concedido na fase policial (uma vez que não se pode declarar a sua nulidade) além de servir de substrato justificatório para uma condenação seria para além, imune ao controle jurisdicional de validade. Com isso seria possível afirmar-se que enquanto um ato processual poderia ser corrigido judicialmente, quando presentes vícios que o inquinem, o ato praticado em sede de investigação poderia ser recepcionado pela sentença, independentemente da irregularidade de sua prática e, de acordo com doutrina e

³⁴⁸ “Não menos grave é a versão *dissimulada*, que anda muito em voga, de ‘condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito’. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou socorrer-me do que está no inquérito”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. p. 212.

³⁴⁹ ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. p. 126.

³⁵⁰ “Se os juízes entendem que as peças do IP podem ser valoradas na sentença (ainda que sob a fórmula de ‘cotejada com a prova judicializada’, para não violar o disposto no art. 155 do CPP), estão com isso, logicamente, reconhecendo que o IP é parte integrante do processo. Logo, se integra o processo, é para todos os efeitos, inclusive para contaminar as provas processuais que de alguma forma derivem ou tenham por base os elementos do inquérito.” LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 403.

jurisprudência dominantes, imunizado contra qualquer espécie de declaração de invalidade. Chega-se com isso ao absurdo de se valorizar a validade do ato de investigação, inquestionavelmente realizado em nível de observância principiológica de menor intensidade que aquele judicial, de forma irretorquível, condicionada a uma validade *jure et de jure*³⁵¹. Um breve exemplo. Considerem-se dois interrogatórios sem defensor. Enquanto o judicializado seria nulo, o realizado em sede de investigação preliminar não seria juridicamente atacável. Veja-se que ambos poderiam ser utilizados na sentença, de acordo com o atual ordenamento jurídico-processual penal brasileiro. No entanto, o policial deveria ser “reforçado” com demais provas coligidas nos autos.

Na Itália, a proibição de avaliação das provas obtidas durante a fase do *indagini*, foi relativizada pela Sentença da Corte Suprema, datada de 1992. Tal sentença admitiu os depoimentos de policiais, de maneira indireta, no que se refere à obtenção de informações durante a fase judiciária. Como se vê, trata-se de uma involução processual, que já havia restado superada, a partir do Código de Procedura Penale de 1988³⁵². Como se percebe facilmente, a valoração dos elementos de informação existentes na fase de investigação preliminar seja judicial ou extrajudicial é uma constante nos modelos históricos de processo penal, juntamente com as aproximações e distanciamentos a respeito do regime inquisitorial.

Se o ato de investigação pode ser utilizado como fundamento da sentença, parece indubitoso que o controle de validade de tais atos possa ser recepcionado por uma nova teoria das nulidades processuais penais³⁵³. Demais disso, como uma segunda justificativa para se admitir o controle de validade dos atos investigatórios é preciso um comparativo

³⁵¹ “O que não pode existir a dois pesos e duas medidas, como querem alguns, afirmando que as irregularidades formais do IP são irrelevantes, pois não alcançam o processo, e, por outro lado, defendendo que as diligências policiais podem ser valoradas na sentença, pois os atos do IP integram o processo e existe uma ‘presunção de veracidade’ das diligências policiais”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 403.

³⁵² Para Moccia a perigosa ilusão de combater o fenômeno criminal com os juízes e não no plano político-social e político-criminal, provocou um aumento da política judiciária, com verdadeiras e próprias sobreexposições da magistratura, como é o testemunho, em nível normativo, do progressivo ingresso da investigação no processo, devido à sentença da Corte Constitucional de 1992 e à sucessiva renovação dos argumentos. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. p. 145.

³⁵³ “E mais, se o juiz realmente fizer um exame da denúncia e o inquérito, visto como suporte probatório mínimo da ação penal e verificar que foram praticadas diligências sem observar as garantias devidas, deverá manifestar-se decretando a nulidade da atuação e determinando a sua exclusão dos autos. Ato contínuo, deverá ainda verificar se aquele ato não contaminou outros, pois, nesse caso, também deverão ser retirados dos autos. Somente após isso é que poderá decidir se recebe ou não a ação penal”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. p. 217.

com a prova ilícita. Se os elementos de informação adquiridos mediante ato ilícito, mesmo que produzidos durante a fase investigatória forem trazidos aos autos e o magistrado reconhecer a ilicitude destes elementos, ocorrerá o seu desentranhamento. Como exposto ao longo desta investigação, a prova ilícita é uma espécie do gênero ato inválido. Por que razão não seria admissível o reconhecimento de uma invalidade inerente aos atos de investigação sediados na investigação preliminar? Se há a possibilidade da prática de uma prova ilícita, não seria crível que a justificativa para uma negativa de sujeição dos atos de investigação ao controle de validade pudesse ser simplesmente rechaçada recorrendo-se ao argumento da cisão de fases, natureza administrativa do procedimento investigatório ou ainda, da finalidade da investigação preliminar (servir como meio de formação da convicção acusatória sobre o caso penal).

O permissivo legal para a utilização, embora não exclusiva, dos elementos colhidos na investigação na futura sentença requer a sua sujeição ao controle jurisdicional (e constitucional) de validade dos atos³⁵⁴. Como forma de legitimar este procedimento de subordinação dos atos investigatórios ao plano da validade apresenta-se o princípio da extensibilidade jurisdicional dos atos investigatórios. Muito embora se saiba da natureza administrativa dos atos de investigação preliminar, assim como deve o juiz rechaçar uma prova ilícita produzida naquela fase, deve ser barrado o ingresso de elemento de informação realizado precariamente. Trata-se de um caso de inadmissibilidade³⁵⁵. Assim como na prova ilícita o seu desentranhamento se dá como uma espécie de limitação à verdade, evitando-se uma convicção jurídica baseada em ato ilícito, o mesmo fenômeno ocorre com os atos investigatórios. A sua ilicitude (por exemplo delação de co-investigado com o emprego de tortura) é que se torna objeto de uma consequência jurídica: a declaração de invalidade cujos efeitos práticos é a imprestabilidade do ato inválido para gerar efeitos. A fim de se garantir a mesma imparcialidade do julgador que motivou a norma sobre o

³⁵⁴ Não se pode esquecer-se da relação simbiótica entre garantias e nulidades. Pastor ao comentar o princípio da *reformatio in mellius* justifica que: “las reglas cuya violación conduce a esta anulación de oficio del acto viciado son aquellas dictadas para el aseguramiento, en el proceso, de las garantías constitucionales (fundamentales)”. PASTOR, Daniel R. *¿Derechos Fundamentales o Persecución Penal si Límites?* p. 35.

³⁵⁵ “As autoridades envolvidas no apuratório devem primar pelo cumprimento da legalidade dos atos praticado, vez que a Lei Maior, no seu art. 5º, LVI, proíbe no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. LIMA, Arnaldo Siqueira de. Vícios do Inquérito Policial Maculam a Ação Penal. *In Boletim do IBCCRIM*. n. 82, 1999.p.10

desentranhamento da prova ilícita, o princípio da extensibilidade judicial dos atos investigatórios veda a sua transmissão para o processo penal.

De bom alvitre seria a inadmissibilidade integral dos autos do inquérito policial no processo. Todavia, o seu ingresso, a sua jurisdicionalização é que torna os atos praticados inválidos. Por extensibilidade jurisdicional se pode entender aqueles atos realizados na fase de investigação que ingressam no processo penal. Por uma questão inclusive de controle ético, não pode o Estado permitir que possua repercussão um ato manifestamente antiético como, por exemplo, um depoimento extraído mediante o emprego de tortura.

Em breve síntese, é possível afirmar-se que o princípio da extensibilidade jurisdicional torna passível de controle de validade aquele ato praticado em investigação preliminar e cujo ingresso no processo, por acompanhar a denúncia, se jurisdicionaliza. O ingresso de tal ato no processo deve subordinar-se ao exame dos requisitos de validade, pois admiti-lo, em violação a direitos fundamentais, por exemplo, equivale a uma tolerância para com a irregularidade, mesmo que extraprocessual. A fim de se coibir o recurso ao cotejo relativamente aos atos investigatórios frente àqueles jurisdicionais, o princípio da extensibilidade jurisdicional exige a ratificação de tais atos, com a submissão da análise de validade do ato investigatório.

Partindo de uma mesma premissa que a inadmissibilidade da prova ilícita, que outra coisa não é senão uma espécie do gênero invalidade, não se encontram maiores empecilhos teóricos para se levar adiante o exame da validade dos atos de investigação, mesmo sabendo-os que qualitativamente não se encontram no mesmo patamar de um ato jurisdicional. No entanto, o controle ético sobre os atos públicos, que não envolve apenas o processo penal, deve ser realizado mesmo nos casos de procedimento administrativo. Os efeitos reflexos da informação obtida, na prática judicial não são poucos. Daí a exigência de uma limitação quanto à sua produção. Esta limitação exige a conformação dos requisitos dos atos investigatórios em consonância com uma forma constitucionalmente adequada, garantindo-se o seu ingresso no plano processual.

Finalmente, para efeitos processuais penais é absolutamente inadequada a fórmula da presunção de validade ou regularidade dos atos da administração³⁵⁶, o que em muitos

³⁵⁶ “Esta presunção de veracidade gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. Também leva a que sejam admitidos no processo atos praticados em um procedimento de natureza administrativa, secreto, não contraditório e sem exercício de

casos tem servido de fundamentos para se negar o respectivo controle daquela atividade. Até mesmo pela hipossuficiência do investigado/acusado, seria manifestamente contraproducente exigir e onerar-lhe com uma carga probatória da irregularidade suscitada. Assim, a carga probatória seguiria os mesmos passos das invalidades em geral. Basta ao investigado/acusado invocar a invalidade para que o seu não reconhecimento ingresse no campo de sustentação da acusação ou mesmo do juiz, que deve em última instância, motivadamente, negar mediante decisão, o reconhecimento da invalidade argüida.

Desta forma, encerra-se o presente tópico e passa-se a uma análise da questão referente à redução da multiplicidade de categorias existentes na teoria das nulidades, objetivando uma simplificação conceitual. É o que será exposto em seguida.

3.11 Nulidade Como Categoria Única: abandono da inexistência dos atos processuais e das irregularidades

O presente tópico não tem por escopo trazer à lume novas discussões. Tão somente objetiva, a partir da reestruturação das categorias das nulidades, demonstrar a suficiência de uma nova postura conceitual, capaz de simplificar a complexa e não menos arbitrária classificação dos atos em nulos absoluta e relativamente, inexistentes e irregulares.

De certa forma no capítulo precedente se procedeu à justificação teórica para o abandono das categorias da nulidade relativa, ressaltada neste capítulo, bem como da inexistência e irregularidade. A inadequação da nulidade relativa, à esta altura da investigação, dispensa novas aproximações. Evidenciada a sua subserviência a um modelo de interesses disponíveis, como é o caso do processo civil, trata-se de uma categoria inapropriada à sua utilização no processo penal. As razões para tanto já foram apresentadas à saciedade.

Igualmente, restam ainda por examinar as duas últimas categorias que compoariam o cenário da teoria das nulidades. Em realidade, tal exame já foi realizado no capítulo

defesa. Na prática, essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em outro mundo, muito distinto da nossa realidade, em que as denúncias, coação, tortura, maus-tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial são constantemente noticiados. Se alguma presunção deve ser estabelecida, é exatamente no sentido oposto”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. p. 200.

precedente. A inexistência³⁵⁷ justificou-se, por bom tempo, devido à abolição das nulidades absolutas pelo *Code* de 1808. O princípio de transmissão (Legendre) se encarrega de fazer passar incólume pelos ordenamentos jurídicos ocidentais a sua pertença ao ordenamento jurídico. Ao se analisar o seu surgimento jurisprudencial, justamente como forma de fugir das amarras estreitas de um sistema avesso às nulidades, doutrina e jurisprudência conseguiram criar uma espécie de burla à abolição das nulidades absolutas.

Num sistema em que as nulidades absolutas são mantidas, como é o caso de praticamente todos os regimes processuais ocidentais, admitir-se uma dimensão qualitativa que separa a nulidade absoluta da inexistência infringe o bom senso. Ademais, a própria doutrina e jurisprudência hesitam em indicar os casos de nulidade e de inexistência, de modo que o entendimento de um ato processual como inexistente ou nulo parece flutuar ao sabor do julgador. A precariedade dos contornos teóricos dos institutos bem demonstra a insuficiência conceitual de sua estrutura. De fato, insistir em casos de inexistência quando se trata, efetivamente, de casos de nulidade não existe mais razão de existir.

Os problemas não param por aí. A antiga concepção de inexistência, frente ao retorno das nulidades absolutas ao cenário dos ordenamentos jurídicos processuais penais contemporâneos acabou trazendo mais perplexidades e pontos obscuros para o processo penal contemporâneo do que benefícios³⁵⁸. Entretanto, para além desta crítica conceitual, a inexistência trouxe para o processo penal a problemática questão das irregularidades.

A irregularidade processual ou “mera irregularidade”, costumeiramente atribuída pela doutrina, assumiu o antigo papel reservado à inexistência. A complexidade das relações sociais que se intensifica e a transformação do processo penal contemporâneo tornou obsoleta e anacrônica a manutenção da categoria da inexistência. No entanto, deixou

³⁵⁷ A lei deve se referir exclusivamente à nulidade, porque o ato nulo existe e deve ser declarado na sentença; o ato inexistente já que não existe, não pode determinar um complexo de normas positivas, mas apenas uma elaboração científica. Não há razão para aparecer no processo penal, tendo em vista a maior exigência de legalidade substancial que dispensa a diferenciação entre nulidade e inexistência. DE MARSICO, Alfredo. *Diritto Processuale Penale*. p. 151.

³⁵⁸ “Se na dimensão teórica a inexistência possui alguma relevância, o mesmo não se pode dizer no dia a dia forense. Quando alguém viu uma ‘sentença’ firmada por uma pessoa que não é juiz? Ou uma sentença sem dispositivo? Tratam-se de situações que habitam apenas o ambiente manualístico, sem qualquer dado de realidade”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 383.

entreabertas as portas para o surgimento de uma nova categoria, embora com finalidade distinta. Cuida-se da irregularidade³⁵⁹.

A irregularidade, ao deslocar o campo gravitacional da inexistência, acaba absorvendo um determinado grupo de casos que não se encaixa na modalidade das nulidades. Com isso, tal absorção compreenderá uma finalidade distinta da inexistência: cuidar dos casos de não decretação de invalidade. A irregularidade, concebida como categoria autônoma, atua positivamente. Isso significa dizer que a autonomização da categoria da irregularidade preencheu um espaço existente, um espaço de abertura. Esta “lacuna” e abertura dizem respeito aos casos não passíveis de enquadramento na categoria das nulidades. Todavia, a irregularidade não é a mesma coisa que não-declaração de nulidade. E isto devido a uma razão por demais singela. Enquanto a não-declaração da nulidade corresponde ao aspecto de refutação do acoplamento estrutural entre a forma prescrita e o ato processual praticado, a irregularidade como categoria autônoma consegue uma margem de expansão em relação à não-declaração de nulidade. A não-declaração de nulidade compreende uma função negativa consistente, como exposto, na refutação do vício. A irregularidade, por seu turno, como entidade jurídica autônoma e diante de uma função positiva, constrói grupos de casos que não apenas se cingem a casos de não-declaração de nulidade.

A função positiva da irregularidade se mostra perfeitamente quando casos anteriormente tidos como passíveis de nulidade relativa acabam sendo transformados em atos processuais cujo defeito é tolerado, para ficar em um exemplo. A função expansiva das irregularidades corresponde ao primado da eficiência, da economia processual³⁶⁰, da desnecessidade de obediência às formalidades. Esta capacidade expansiva (função positiva) permite identificarem-se grupos de casos que se vão solidificando e criando as bases para não mais se estar diante de casos de não-declaração de nulidade. Mas, por se “entificarem” (o que é próprio da metafísica) em casos de irregularidade é que a nulidade não será

³⁵⁹ “As irregularidades são concebidas como defeitos de mínima relevância para o processo, que em nada afetam a validade do ato. Os atos irregulares são aqueles em que o defeito não compromete a eficácia do princípio constitucional ou processual que ele tutela, sendo, portanto, uma mera irregularidade formal sem conseqüências relevantes”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 382.

³⁶⁰ Para Garofalo um processo anulado corresponderia a novas despesas processuais, novas moléstias às testemunhas e um atraso longuíssimo para a repressão penal que se consolida na “impunidade do culpado”. GAROFALO, Rafaella. *Le Nullità nei Giudizi Penali e L’Istituto della Cassazione*. In *Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza*. a. 1. v. 1. Napoli: Eugenio Marghieri, 1903. p. 08.

declarada. Num primeiro momento, a não-declaração de nulidade era compreendida dentro da perspectiva de relação entre o ato processual defeituoso e a forma normativamente concebida. Com a assunção da irregularidade, determinados atos processuais, a priori, são identificados como causas de irregularidade, bloqueando a análise acerca da relação entre forma normativa e ato processual defeituoso.

A faceta positiva das irregularidades pode ser vislumbrada na seguinte exposição. Como visto, ao se cristalizarem, as irregularidades corporificam grupos de casos. Imagine-se que uma nulidade relativa não seja declarada por que não houve demonstração de prejuízo. Exemplo que poderia ser elencado aqui seria a não realização de perícia por profissional com curso superior na área pericial, quando realizada por perito não oficial. Se há bom tempo os tribunais poderiam afirmar que o prejuízo não foi demonstrado no caso concreto, atualmente tal alegação imediatamente é atemporalizada e jogada no grupo de casos que tratam de irregularidades. Em suma, o caso concreto é deixado de lado e toda alegação de similar vício é jogada para o tratamento das irregularidades. O problema trazido é manifesto. Enquanto no primeiro momento havia a análise da validade do ato, hoje se ignora em praticamente todos os casos, remetendo-se para o plano da irregularidade. Sequer se cogita ofensa à validade do ato processual.

É natural que, como metáfora, que opera no plano da substituição, as irregularidades tendem a preocupar o espaço das nulidades. Esta função expansiva das irregularidades, cada vez mais cristalina diante de breves acompanhamentos jurisprudenciais, traz prejuízos manifestamente graves para a instrumentalidade constitucional do processo penal.

A proposta aqui alinhavada é a de que tanto a inexistência como a irregularidade, ambas por seus próprios aspectos, merecem o abandono conceitual. A primeira pela sua completa desnecessidade, com o que o seu abandono permite descomplexificar o já nebuloso ambiente da teoria das nulidades. A categoria das irregularidades não pode tutelar a instrumentalidade constitucional do processo penal justamente pelo seu caráter expansivo, que tende naturalmente a ocupar os casos de não-declaração de nulidade, entificando determinados casos e deles extraindo conclusões. Ademais, a própria influência do primado da eficiência e da economia processual encontra forte guarida na categoria da irregularidade, que corresponderia, assim, a uma espécie de barreira contra a declaração de nulidade.

A arguição de invalidade de um ato processual obviamente não conduz o magistrado a declarar a nulidade do ato. Quando desprovida de sentido, a arguição de invalidade será rechaçada e o ato processual será mantido. A refutação da arguição de nulidade, pelo magistrado, não pode conduzir à afirmação de que o caso trata de uma mera irregularidade. A não-declaração de nulidade não pode ser reconduzida utilitariamente, à categoria de irregularidade, justamente para se tentar reduzir a ocorrência da “entificação” de grupos de casos que, atemporalizados, seriam por si mesmos “irregulares em sua essência”³⁶¹.

Em breve síntese, ou ocorre a invalidade do ato processual com a declaração judicial de nulidade ou em caso negativo, inexistente a necessidade de se declará-la. A nulidade deixa de ser reconhecida pela inexistência de invalidade e não pela existência de “mera irregularidade”, como se se tratasse de uma categoria a priori capaz de impedir a declaração de nulidade.

Portanto, mais do que desnecessária, a categoria da irregularidade é capaz de protagonizar um gradativo comprometimento dos direitos fundamentais dos assujeitados ao processo penal. Por isso, juntamente com a inexistência, merece, na nova teoria da invalidade, ser abandonada.

A seguir, dirige-se para o final do capítulo. A questão que procurará se tratada diz respeito ao papel desempenhado pela teoria das formas processuais e a sua organização destinada à redução da inquisitorialidade do sistema processual penal. É o que será objeto de estudo a seguir.

3.12 Orientação Normativa das Formas Processuais: repensando o processo penal no marco de um modelo acusatório ou inquisitorial minimizado

A instrumentalidade constitucional do processo penal foi aqui pensada e alicerçada numa idéia de redução de danos. A forma processual³⁶² desempenha importante tarefa na

³⁶¹ Cf STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica na construção do direito.

³⁶² “A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu

redução da arbitrariedade do poder punitivo. A contemporânea teoria das nulidades, herdada tanto da tradição canônica inquisitorial quanto da transposição de categorias próprias do direito e processo civil para o processo penal – pelo que se chegou a denominar a atual teoria das invalidades como um verdadeiro palimpsesto – trata de se estruturar a partir de um horizonte pretensamente “neutro”. Entretanto, como apontado ao longo da exposição as nulidades e sua especial relação com a forma processual não podem ser pensadas a partir de um “equilíbrio processual”, senão como garantias do mais débil³⁶³. Como destaca Lopes Júnior, “o sistema de invalidades processuais funda-se na tutela do interesse processual do imputado. Toda teoria dos atos processuais defeituosos tem, como objetivo nuclear, assegurar o devido processo penal para o imputado”³⁶⁴. Este posicionamento não poderia ser sustentado senão a partir de considerações teóricas que denunciaram a atual despreocupação jusfundamental da teoria das nulidades para com a relação de hipossuficiência existente entre acusado e Estado³⁶⁵.

Demais disso, até mesmo uma teoria eminentemente descritiva como pretendia ser a teoria da relação jurídica é perceptível a sua íntima relação com a ideologia da defesa social, a mesma a nutrir especial afeição por princípios como o da instrumentalidade das formas, como enfatizado e defendido por Garofalo e Carelli³⁶⁶. Como se pode depreender, é impensável que um estudo das formas processuais possa, por si só e despojado de uma reflexão mais global, responder aos inúmeros defeitos encontrados na atual teoria bem

exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal.”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 392.

³⁶³ “O sistema de nulidades está a serviço do réu, pois o sistema de garantias constitucionais assim se estrutura, como mecanismo de tutela daquele submetido ao exercício do poder. A debilidade do réu no processo é estrutural e não econômica, como já explicamos anteriormente, pois não existem direitos fundamentais do Estado ou da sociedade em seu conjunto: esses são direitos individuais.”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 392-393.

³⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 393.

³⁶⁵ “Es posible afirmar que el principio fundamental y estructural de todo proceso penal con todas las garantías que a tal efecto se consignan es el de la igualdad de armas, según el cual tanto acusación como defensa deben contar con igualdad de posibilidades, de tal manera que el acusado no sea perjudicado en relación con la acusación”. TORO PUJOL, Roberto; LÓPEZ ESCARTÍN, Martín. *Principio Acusatorio*. In *Revista de Derecho y Proceso Penal*. v. 12. , 2004. p. 166-167.

³⁶⁶ Para Dalía e Ferraioli a teoria da relação jurídica que – na senda dos estudos sobre o processo civil (Bulow) – individualizava a relação entre norma penal e norma processual na ligação entre crime e pena, justificou, em tempos passados, a concepção do procedimento penal como ‘instrumento de defesa social’, diante dos ataques provenientes da violação dos preceitos penais, porque à jurisdição penal era atribuída uma função exclusivamente de repressão. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. p. 21.

como se projetar um novo panorama. A justaposição de uma teoria do processo (relação jurídica), aspectos híbridos que permitem pensar-se numa fusão do sistema inquisitorial e da teoria dos atos jurídicos e ainda, a ideologia da defesa social, determinante para a elaboração e justificação de algumas estruturas de poder depositadas no sistema processual são apenas algumas arestas que devem ser aparadas caso se deseje repensar a categoria das nulidades.

Não obstante as pretensas e múltiplas aferições acerca do regime de formalidade do Código de Processo Penal brasileiro³⁶⁷, réplica do Código Rocco, e a relação do sistema inquisitorial com o formalismo, esta se trata de uma relação tanto equivocada quanto diametralmente oposta ao funcionamento da máquina inquisitorial. O regime de ilegalidade congênita (Cordero) ao sistema inquisitorial conspira contra as formas, tornando a proteção formal ineficaz, o que faz predominar a arbitrariedade e a relação conspurcada do inquisidor com a “verdade”. A afirmação de que o Código de Processo Penal brasileiro é um monumento à formalidade, cuidando de exaustivamente arrolar casos de nulidade não sobrevive sequer à exposição de motivos do diploma normativo, o que denuncia a superficialidade de tais sustentações.

O sistema de nulidades persegue uma dupla finalidade: a seleção de tipos processuais penais que prejudicam irreparavelmente a idoneidade do ato processual, com a impossibilidade de se alcançar o seu fim bem como apresenta um rompimento referentemente às formas processuais. Incide, neste caso, um equilíbrio entre a oportunidade de eliminar a nulidade e aquele fim relativo de definir, no tempo mais breve possível, o processo. Esta tensão, que poderia se resumir na adversariedade da forma em relação à otimização processual em tempo breve (princípio da economia das formas) encontra-se, atualmente, com a balança pendida para o segundo termo. As nulidades, não raro a necessidade de controle judicial sobre a validade dos atos processuais, são vistas, nas mais das vezes pela doutrina e jurisprudência como verdadeiros obstáculos.

³⁶⁷ “é a cultura da nulidade pela nulidade e do repúdio legal a qualquer nulidade que não esteja prevista em Lei, que até hoje se encontra reproduzida na forma de muitos diplomas legais. O nosso Código de Processo Penal, aliás, parece aderir totalmente a essa técnica, ao apresentar, no ser art. 564, um extenso rol de situações que induziriam nulidades”. RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; ALMEIDA, Cibelle Barretto. Nulidades no Processo Penal: do tradicional “Inferno” Teórico a uma Racionalidade Garantista. In MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Leituras Complementares de Processo Penal*. p. 80.

A forma processual mantém íntima conexão com o estatuto principiológico constitucional, o que já é uma constatação irretocável para alicerçar uma virada epistemológica no tratamento das invalidades³⁶⁸. Como assevera Moccia, o processo sem as suas formas, suas regras, seus princípios, não é mais tal, os atos fora das regras são “operations sublimes”, na terminologia de Robespierre, mas não atos de justiça³⁶⁹. Esta conexão instrumental relativamente à Constituição da República é praticamente abandonada pela atual teoria das nulidades, cujo princípio de transmissão se encarrega de levar adiante determinados conceitos incapazes de, fecundamente, aperfeiçoar aquela pretensão de redução de danos inerente ao processo penal contemporâneo³⁷⁰. Como acentua Iasevoli, o melhor processo possível é estreitamente dependente do grau de respeito dos direitos do cidadão e da coletividade por parte dos poderes jurisdicionais³⁷¹.

O processo penal, regulado por atos processuais cujas formas previstas tendem a repudiar qualquer forma de arbítrio do poder punitivo possui, atualmente, uma teoria das invalidades incapaz de lidar com a complexidade do fenômeno criminal. Para além, a crescente desformalização do próprio processo penal ante a tentativa de combate à criminalidade pós-industrial encontra na servil teoria das nulidades campo fértil para se propagar. Como acentua Choukr “o paradoxo se evidencia na busca da recomposição do estado de direito através da quebra de garantias fundamentais que sustentam, por definição, esse mesmo estado”³⁷². Com isso não é difícil chegar-se à conclusão da existência de uma nova crise da legalidade processual: como se o dever de punir e reprimir a conduta delituosa devesse passar por cima das garantias fundamentais³⁷³.

Nesse contexto, procurou-se repensar os parâmetros principiológicos da teoria das nulidades, justificando-se a necessidade respectiva de sua reconstrução. Obviamente, as

³⁶⁸ “O sistema de invalidades processuais deve ser erguido a partir da Constituição, mais especificamente dos 5 princípios que fundam a instrumentalidade constitucional do processo penal: 1. jurisdicionalidade; 2. garantia do sistema acusatório; 3. presunção de inocência; 4. contraditório e ampla defesa; 5. motivação das decisões judiciais.”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p.396.

³⁶⁹ MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. p. 146.

³⁷⁰ “Quando um ato é realizado em desconformidade com o modelo legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela forma se efetiva, que deve ser aferida no caso concreto e, em caso de real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vistas à eficácia do princípio lesado”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 397.

³⁷¹ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 35.

³⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2002. p. 66.

³⁷³ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 46.

constantes ameaças à forma processual não se exaurem com a renovação principiológica, embora com a nova moldura seja possível minimizá-las. Com esse objetivo, o processo penal contemporâneo pode servir a outros propósitos que não somente aqueles afeitos à genérica e secular promessa de punição dos culpados, tarefa que se renova de época em época. A limitação do poder punitivo, base de apoio para a formulação de uma teoria jurídica do sistema criminal (Ferrajoli) é o ponto de partida da teoria das nulidades, reformulada a partir da instrumentalidade constitucional do processo penal (proteção do hipossuficiente). Embora criticado por alguns doutrinadores³⁷⁴, o termo limite serve para explicar o caráter obstaculizador da forma processual ao poder arbitrário. A legitimidade decorrente do caminho para aplicação da pena depende – justamente em direção oposta àquela do decisionismo e do uso arbitrário do poder – de modos pré-estabelecidos, cuja função é de garantia. Nas palavras de Iasevoli, o processo esconjura os arbítrios, definindo o âmbito do poder jurisdicional através da exaltação das regras que fazem atuar a legalidade processual como baluartes da inviolabilidade dos direitos³⁷⁵. Uma desformalização do processo penal pode ser levada facilmente adiante com a complacência da atual teoria das nulidades que, como referido amiúde no curso da investigação, permite a sobrevivência de uma ilegalidade congênita, ligada ao núcleo do sistema inquisitorial.

Em síntese, a reformulação da teoria das nulidades consiste em uma tentativa de se dar uma nova ênfase ao princípio da legalidade³⁷⁶. Cuida-se de se recuperar a sua forma de garantia, sinônimo de formalismo em outros tempos. A crise da legalidade, em especial aquela processual, identifica um panorama no qual o sistema criminal aparece como “pau para toda obra”. A resposta judicial surgiria como se realmente fosse uma solução para graves problemas de legitimidade, autoridade e valores da sociedade contemporânea. Não por outra razão é que se poderia inclusive afirmar que a recuperação da legalidade é

³⁷⁴ Segundo Iasevoli não é correto o uso do termo ‘limite’; seria preferível a locução garantias procedimentais predeterminadas – reserva absoluta de lei, reserva de jurisdição – através da quais passam os eventuais confins materiais, reconciliados como legislador para a satisfação dos inderrogáveis deveres constitucionalmente prefixados, no escopo de ponderar os valores e direitos pertencentes a qualquer cidadão com outros valores preordenados. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 34.

³⁷⁵ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 35.

³⁷⁶ Para Foschini é esta a razão pela qual, mediante a evolução da primitividade à civilização, o processo especifica espontaneamente as normas preconstituídas para o seu atuar, e com isso, revela os princípios fundamentais que devem informá-lo para poder valer como ato jurisdicional. FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Segue ainda o autor afirmando que: a violação de ditos princípios determina a nulidade absoluta do processo, nulidade não sanável e portanto declarável de ofício pelo juiz em qualquer estado e grau. FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. p. 42.

também a face de uma tentativa de se reviver a democracia³⁷⁷. Nesse sentido, é possível afirmar que a expressão *regulado pela lei* impõe reconhecer inconstitucional aquele processo cujas formas e termos, os poderes das partes e do juiz, remetem, no que concerne ao modo e ao tempo, à discricionariedade do órgão jurisdicional³⁷⁸. A relação forma e garantia passa a receber uma substancialização constitucional, o que equivale a pensar-se a forma como garantia, algo por decerto intolerável e inaceitável para uma doutrina processualística acostumada a operar com categorias simétricas e encaixadas num mundo que beira o onírico. A herança da teoria geral do processo não apenas consiste no primado do conceitual, fazendo com que a disciplina do processo surgisse como sinônimo de formalismo, dos exageros, da técnica que supera qualquer espécie de evento que não aqueles bem acabados sistemas do século XX. A teoria geral do processo tornou impensável – talvez aqui o maior prejuízo para o processo penal – um processo de partes, no qual as posições não estejam em igualdade. O processo penal derivado da teoria geral do processo padece do grave defeito de debelar e não reconhecer o desequilíbrio, a assimetria e os constantes momentos irreduzíveis à normatização, que devem ser constitucionalmente decididos em favor do mais débil.

Ao se pensar naquele processo penal conceitual degenerado a partir da teoria geral do processo, as formas processuais e a teoria da invalidade aparecem como se as regras relativas aos atos processuais dissessem respeito não a um conjunto de situações jurídicas em que se encontra um acusado. Pensa-se a forma como uma categoria cujo fim último seria garantir o próprio processo. Daí decorre facilmente a justificação da transposição de conceitos, da ausência de requestionamento. Para esse processo penal, a Constituição da República pode ser simplesmente desligada das formas, sem prejuízo algum. Para esse processo penal, acusação e acusado terão o mesmo tratamento no que diz respeito às invalidades, esquecendo-se, uma vez mais, da conformação do processo penal e sua ligação com o Estado Democrático de Direito (democracia substancial), com a redução da violência institucionalizada, com a proteção do hipossuficiente que no processo é o acusado. A partir desse cenário é que se explica, por exemplo, a (ainda tardia) manutenção da Súmula 523 do

³⁷⁷ Para Iasevoli se poderá tentar recuperar a legalidade processual como referência e modelo de sistema por que, se a lei é expressão da vontade da maioria em determinado momento, o órgão jurisdicional não pode se subtrair à aplicação desta, sempre que em conformidade à Constituição sob o perfil formal e conteudístico. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 46.

³⁷⁸ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 67.

STF, objeto que serve para denunciar a manifesta falta de sintonia do pensamento do Supremo Tribunal Federal com as formas processuais pós-Constituição da República de 1988³⁷⁹. A assimetriação do processo penal como um conjunto de situações jurídicas em que se torna insustentável se falar em equilíbrio não se esgota na cláusula *in dubio pro reo*. Como derivada do princípio *in dubio pro libertate*, a cláusula *fair trial* também enseja uma renovação que torne a teoria das nulidades não uma servil refém da teoria dos atos jurídicos recepcionada pelo modelo inquisitorial. A fim de atingir toda a eficácia irrogada pela Carta Magna, a teoria da invalidade dos atos processuais deve ser pensada a partir desse desequilíbrio estruturante do processo penal³⁸⁰. As formas processuais assim surgem como uma assimetriação cuja finalidade precípua é evitar a ampliação dos poderes de disposição do magistrado (Ferrajoli)³⁸¹, que consiste sumariamente, numa espécie de relação fisiológica entre juiz e lei. E é justamente nesta direção que pode ser analisada a crise da legalidade, degenerada na supremacia do primeiro em relação à segunda³⁸². Nesse sentido é que poderiam ser pensadas, as nulidades, como uma forma de repristinação do princípio da legalidade: o exercício da função do *ius dicere* estatui seu limite na observância da lei e, na hipótese imediatamente especular, de sua violação, oferecendo o instrumento de repristinação da legalidade, quando não sejam aplicáveis remédios alternativos³⁸³.

³⁷⁹ “A Súmula 523 STF gera uma situação paradoxal, ao afirmar que: *no processo penal, falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*. Não é necessário maior esforço para verificar o erro de considerar que o oposto de *ampla* seria a *falta*. Ora, se a constituição assegura a ‘*ampla*’ defesa, sua antítese é a defesa restrita ou deficiente, sendo essa situação, causa de nulidade. O que a súmula do STF diz é: o contrário de ‘*ampla*’ é ‘*falta*’ e, portanto, a defesa deficiente ou restrita não viola a garantia constitucional. O equívoco é manifesto, mas, infelizmente, a Súmula é constantemente invocada e utilizada por sua própria imperfeição. Ou seja, é um erro que legitima a violação da garantia constitucional.” LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 408.

³⁸⁰ Lopes Júnior trata da aplicação de duas regras que denotam esse aspecto de desequilíbrio estruturante do processo penal no âmbito das nulidades: “1. na dúvida, sempre deve-se operar a *favor rei*, ou seja, acolhendo a irrisignação da defesa; 2. não havendo dúvida, mas sim divergência entre o alegado pela defesa e a interpretação dada pelo juiz, vale a regra da inversão de sinais: incumbe ao juiz fundamentar porque a atipicidade não impediu a eficácia do princípio constitucional tutelado”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.II. p. 399.

³⁸¹ “De acordo com Nuvolone alguns pensadores iluministas, dentre eles Beccaria, concebiam estes poderes rigorosamente com rigorosa restrição a todo poder interpretativo, Este excesso, historicamente explicável com relação ao ilimitado arbítrio de seu tempo, hoje são apenas recordações, embora o problema permaneça. E é o problema da alternativa e da relação entre discricionariedade e legalidade. A exigência da discricionariedade, nasce, antes de tudo, da correlação entre tipicidade legal abstrata e fato concreto deduzido do processo. NUVOLONE, Pietro. *Legalità Penale, Legalità Processuale e Recenti Riforme*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvii. n. 1., 1984.

³⁸² IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 65.

³⁸³ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 71.

Nesse passo, ao que parece torna-se inadmissível uma teoria das nulidades que não possua conexão com o princípio da legalidade processual: em substância, o legislador descreve tipicamente os modelos os quais devem uniformizar cada comportamento processual, realizando o valor da legalidade processual como forme de tutela dos direitos invioláveis da *pessoa*³⁸⁴. Percebe-se que substancialmente o princípio da legalidade se preocupa justamente com a pretensão de excesso radicada no núcleo do poder punitivo. Para além, se por um lado a legalidade já foi confundida com formalismo, um conteúdo substancial ou material da legalidade processual tem a ver com a proteção dos direitos fundamentais da pessoa contra os excessos do Estado e sua função de se evitar o arbítrio³⁸⁵. De um ponto de vista teórico, a invalidade adquire uma função geral preventiva, representando uma ameaça em caso de transgressão da forma. Do ponto de vista aplicativo, tem a função de reconduzir o processo ao princípio da legalidade, uma vez que o ordenamento não tolera desvios finalísticos. A nulidade possui como característica principal a de se constituir como instrumento de tutela do débil e do próprio princípio de legalidade³⁸⁶, em muitas oportunidades praticamente banida do sistema jurídico, como no caso da despropositada retirada da nulidade absoluta³⁸⁷ do sistema processual penal italiano e que, gradualmente, pela força principalmente da jurisprudência brasileira, segue a mesma trilha.

Esquece-se que a forma é manifestação concreta do princípio da legalidade processual³⁸⁸. E nesse sentido, legalidade que é justamente a oposição da arbitrariedade³⁸⁹. Dinacci demonstra a inextricável relação entre processo penal e democracia, apontando para a contemporânea concepção do processo como instrumento de garantias: é a concepção do Estado de Direito (expressão da doutrina da revisão dos poderes), portanto,

³⁸⁴ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 94.

³⁸⁵ De acordo com Iasevoli, a definição do papel do processo penal como Ciência que tende a esconjurar os arbítrios, que estuda os limites ao exercício do poder jurisdicional, assim, consente ao exercício deste poder que realiza o valor da legalidade processual. IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 106.

³⁸⁶ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 127.

³⁸⁷ BELLAVISTA, Girolamo. *Processo Penale e Civiltà*. In *Rivista di Diritto Processuale Penale*. 1955. p. 213.

³⁸⁸ IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema del Processo Penale*. p. 146.

³⁸⁹ Para Moscarini na matéria das nulidades processuais, legalidade e discricionariedade representam, desde a origem, instâncias contrapostas, seja sob o ponto de vista político-legislativo, seja sob o aspecto hermenêutico e aplicativo. MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. p. 64.

que confere ao processo penal moderno um incontestável fundamento; é tal concepção a constituir a razão de toda garantia real, tornando possível a atuação da justiça, que é – já vimos - componente ativa da moral³⁹⁰. Este fundamento é que permite pensar-se para além de um processo penal que aceite qualquer tarefa e a execute a qualquer preço³⁹¹. O processo penal contemporâneo justifica uma teoria das invalidades processuais pautada pelo resgate do princípio da legalidade, principalmente em sua faceta substancial. Em aderência, o próprio princípio da necessidade da pena em relação ao processo também deve permitir extrair novos rumos para o processo penal, uma vez que toda a exploração conceitual passível de extração de tal princípio ainda não se consolidou³⁹².

A atual teoria das formas processuais não atende à finalidade imediata do processo penal, que é a garantia do hipossuficiente, porque arquitetada em um campo que, como Carnelutti advertia, cuida do “ter” em relação ao “ser”³⁹³. Também não serve ao processo penal contemporâneo porque permite, concomitantemente, a manutenção inaudita do modelo inquisitório.

Para finalizar, não se pode esquecer que enquanto a gestão da prova permite a construção teórica do modelo inquisitorial, a eficácia do sistema se obtinha com uma tecnologia de poder altamente eficiente. Trata-se da ilegalidade congênita (seria possível falar, dentre os subprincípios elencados no modelo inquisitorial a ausência de formas bem definidas – amorfismo como sendo o elemento que contribuiu sensivelmente à eficiência do aludido sistema), que em última instância possibilitou a manipulação discursiva, a flexibilidade e fluidez do sistema para gerar os resultados que se esperavam de um processo inquisitório: constituir-se como programa de erradicação do mal da face da terra, o que não dispensava um resultado empiricamente demonstrável à população, com a condenação dos “eleitos”.

A fim de se otimizar um sistema acusatório ou, numa mais realística finalidade a ser obtida, uma minimização do inquisitorial brasileiro, a teoria das formas necessita de

³⁹⁰ DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. p. 07.

³⁹¹ Segundo Dinacci o processo penal italiano, mesmo no Código Rocco, se configurava como um processo tradicional. Mas, é claro, se tratava apenas de uma ‘fachada’, enquanto a substância dos princípios era violada em homenagem a uma inspiração autoritária GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. p. 116.

³⁹² Para Dinacci é supérfluo, por isso, sublinhar a grande importância do fenômeno processual: todo o direito penal seria despiendo sem o processo. DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale*. p. 07.

³⁹³ CARNELUTTI, Francesco. Cenenterola. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. I. Padova, 1946. p. 77.

revisão. Foi o que se tentou realizar no curso não apenas deste capítulo, mas ao longo de toda a investigação. Certamente a nova proposta principiológica aqui ventilada deverá ser, por certo, insuficiente para tanto. Mas se torna necessária à medida que se avança para um processo penal autônomo, com categorias próprias e cuja instrumentalidade se afeiçoa à democracia, à proteção do débil, aos direitos fundamentais.

Como limite ao exercício do poder punitivo, as nulidades são as “garantias das garantias”. A sua ausência ou o seu escamoteamento numa fachada autoritária como a do atual processo penal implica numa renúncia à Constituição da República. Sem esta, existirá qualquer coisa menos processo penal (estrita jurisdicionalidade)³⁹⁴. Daí a importância das nulidades, relevância esta incompatível com o atual tratamento doutrinário e jurisprudencial que lhe é destinado, como sinónimo de formalismo. A reflexão, portanto, acerca das nulidades, deve se amoldar à Constituição da República, quiçá, brevemente.

3.13 Concretizando a Base Principiológica das Nulidades: demonstração de viabilidade da nova teoria das nulidades: a título de sugestão legislativa (?)

Ao final do estudo será apresentado, a título de concretização do exposto, aquilo que aqui se defende como uma proposta de alteração das atuais regras de invalidade. O objetivo é tão somente demonstrar a viabilidade prática do novo modelo de nulidades, pelo que no que se refere à justificação teórica, faz-se a remissão ao descrito neste capítulo.

I – Das Nulidades

1. O descumprimento das formas processuais previstas em lei ou atentatórias aos princípios constitucionais informadores do sistema acusatório invalidarão o ato processual. Os atos processuais passíveis de invalidação não se restringirão àqueles processuais, estendendo-se aos atos próprios da investigação preliminar.

³⁹⁴ “Que el ‘Estado-policía’, con sus fundamentalmente ilimitados medios, pueda de hecho perseguir y penar con más eficacia que el Estado liberal de Derecho, desgraciadamente, lo demuestra el ejemplo actual de todas las dictaduras de nuestro mundo, ya sean de cuño socialista, fascista o de cualquier otra naturaleza y corte políticos”. GÖSSEL, Karl Heinz. La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Aspectos Jurídico-Constitucionales y Político-Criminales. *In Cuadernos de Política Criminal*. n. 45, 1991. p. 675.

2. As nulidades no processo penal serão sempre absolutas. Considerar-se-ão atos nulos aqueles previstos em lei bem como todos aqueles que violarem os princípios constitucionais informadores do sistema acusatório.

3. O saneamento do ato processual inválido somente será admitido com a sua renovação, quando possível.

§ 1º As provas repetíveis poderão ser refeitas respeitando-se a progressividade do processo. Não será admitido o refazimento de prova que, uma vez anulada, implique a retroação do processo a fase anterior.

§2º A declaração de nulidade das provas irrepetíveis implicará na preclusão probatória, respeitando-se o princípio da escusa absolutória.

4. O juiz de ofício poderá declarar e as partes processuais poderão arguir as nulidades processuais.

§ 1º O Ministério Público poderá arguir a nulidade apenas em casos nos quais esteja comprometida a distinção entre as atividades de acusar e julgar, impedindo o juiz o exercício da atividade acusatória;

§2º Por impedimento da atividade acusatória deverão ser compreendidos os atos praticados pelo juiz no sentido de reduzir ou proibir a intervenção do Ministério Público no processo bem como a não concessão do prazo legal para a prática de ato.

§3º Caberá ao Ministério Público a prova do impedimento da atividade acusatória;

§ 4º No que se refere à arguição de nulidade por parte da defesa, não se exigirá prova alguma de ofensa, cabendo ao Ministério Público e ao juiz a refutação das arguições.

5. A invalidade do ato processual será declarada pelo juiz, que deverá indicar os atos atingidos pela decisão.

§ 1º A nulidade de um ato poderá acarretar a nulidade de outro, sempre que ocorra situação jurídica agravada pela invalidade originária.

§ 2º A extensão dos efeitos da nulidade de um ato processual a outro não é necessariamente causal.

6. Não será declarada a nulidade do ato processual inválido quando o juiz puder julgar o mérito a favor da defesa.

7. A declaração de nulidade de um ato processual importará o seu desentranhamento do processo.

§1º É vedada qualquer espécie de ratificação de atos processuais nulos;

§ 2º O incidente de desentranhamento dos atos processuais nulos será processado em autos apartados;

§ 3º O magistrado que instruiu os atos processuais nulos estará impedido de prosseguir no processo, devendo o processo ser redistribuído no estado em que se encontrar.

§4º Os atos processuais praticados validamente, na ocorrência da redistribuição não serão refeitos.

§ 5º Se a declaração de nulidade atingir ato processual probatório da acusação, aplicar-se-á o disposto no artigo 3, § 2º

§6º Se a declaração de nulidade atingir ato processual probatório da defesa, aplica-se o disposto no artigo 6.

8. A ilicitude da prova implicará na declaração de sua nulidade. Aplica-se à prova ilícita o disposto nos artigos antecedentes.

9. Serão declarados nulos os atos processuais praticados por juiz ou tribunal incompetente, ainda que se trate de incompetência territorial. A declaração de nulidade não se limitará aos atos decisórios, estendendo-se aos instrutórios.

§1º A prática de ato processual cautelar obedecerá as mesmas regras deste artigo;

§2º Não serão declarados nulos nem precisarão de ratificação os atos processuais praticados por juiz competente, quando, redistribuído o processo na hipótese do art. 7, §§ 3º e 4º.

10. A invalidade do ato citatório acarretará a nulidade de todos os atos processuais subseqüentes. O saneamento do ato somente será possível mediante a renovação do ato processual, respeitados os princípios da ampla defesa e razoável duração do processo.

11. As nulidades, no processo penal não se sujeitam à preclusão, podendo ser alegadas a qualquer momento. Todavia, a declaração de nulidade não oportunizará a renovação de ato uma vez encerrada fase processual, respeitado o disposto no art. 6.

12. A denúncia baseada em ato de investigação preliminar nulo é inválida, causando a nulidade de todos os atos processuais subseqüentes. Também será considerada nula a denúncia ou queixa-crime que não preencha os pressupostos de constituição válida e regular do processo.

§ 1º A ausência de representação nos crimes de ação penal pública condicionada acarretará a dos atos processuais subseqüentes;

13. Serão reputados nulos:

I – a prova ilicitamente produzida bem como todas aquelas que configurem a ocorrência de uma situação jurídica agravada pela invalidade originária;

II – os atos processuais praticados ou autorizados por juiz ou tribunal incompetente;

III – os atos processuais decorrentes de violação às regras que cuidam da suspeição, impedimento e modificação de competência em decorrência de decisão que reconheça a nulidade de ato processual;

IV – a sentença, quando faltem seus requisitos, especialmente a obrigatoriedade da motivação decisória;

V – o ato citatório irregular;

VI – a denúncia ou queixa-crime ausentes os seus requisitos;

VII – o interrogatório irregularmente praticado;

VIII – a inobservância da garantia dos prazos e da intervenção da acusação e da defesa no processo;

IX – os atos processuais realizados a partir de iniciativa probatória do juiz;

X – os atos processuais e aqueles realizados na investigação preliminar que violem os princípios constitucionais informadores do sistema acusatório.

Finalizando o presente tópico apresentou-se uma proposta de concretização dos princípios que formam uma nova teoria das nulidades. É claro que tal proposta consiste numa hipotética colocação em funcionamento dos princípios lançados nesta investigação. As imperfeições e lacunas que podem surgir podem ser facilmente atribuídas ao problema de se tentar propor um programa legislativo sem a elaboração dos demais institutos do processo penal.

Como conclusão, se há lacunas e imperfeições num tal proposta, evidencia-se por outro lado que é tarefa exequível e prática. A concretização de novos princípios em matéria de nulidades é assaz relevante para o aperfeiçoamento do sistema acusatório. Desta maneira fecha-se o estudo, pelo que se passa de imediato às conclusões.

CONCLUSÕES

01. A instrumentalidade do processo penal não deve ser sustentada, de acordo com expressiva maioria da doutrina, como a concepção pela qual o processo equivale a instrumento de punição estatal;
02. A instrumentalidade constitucional do processo penal significa limitação (minimização) do poder punitivo tendente à expansão; a legitimidade do processo penal se dá, por tal razão, como o princípio de proteção dos direitos fundamentais do acusado, hipossuficiente em relação ao Estado;
03. A partir de Goldschmidt é possível se afirmar a insustentabilidade de uma natureza jurídica do processo. Desta maneira, teorias como a da relação jurídica, as privatistas do contrato e quase-contrato, da instituição, do processo como procedimento em contraditório são insuficientes para explicar a “essência” do processo;
04. A teoria da situação jurídica de Goldschmidt permite captar-se a realidade fluida e caleidoscópica do processo, o que evidencia que o processo equivale a um constante transformar-se no qual chances aparecem e devem ser bem aproveitadas pelas partes que almejem obter sucesso (expectativa) de uma sentença favorável;
05. A teoria da situação jurídica pode muito bem ser complementada por aquela outra de Fazzalari, que reinscreve o princípio do contraditório no cerne nuclear do processo. O contraditório é, assim, uma estrutura elementar de um processo penal democrático;
06. O sistema acusatório, ligado a uma concepção democrática de processo tem como núcleo basilar a gestão probatória deixada exclusivamente às partes. Como uma característica também importante do sistema acusatório, o respeito pelas formas processuais próprias deste sistema é o oposto do que se verifica no sistema inquisitório;
07. O sistema inquisitório, cujo princípio ancilar se radica na atividade probatória do magistrado possui, como outra relevante peça do funcionamento da engrenagem, a tendência ao amorfismo;

08. Tendência ao amorfismo significa dizer que o sistema inquisitório potencializa a ruptura das formas processuais, permitindo uma atuação policiaesca do juiz-inquisidor. Também significa, quando conveniente, a aplicação por vezes rigorosa das mesmas formas processuais, sempre que se verifique a necessidade de se fazer o processo retroagir a um estado anterior, e a prova, por ocasião de seu refazimento, ser mais bem explorada pela acusação;
09. A tendência ao amorfismo permite concluir-se que o sistema inquisitorial regula-se por uma ilegalidade congênita, não sendo corretas duas conclusões costumeiramente apontadas pela doutrina e simultaneamente contraditórias entre si: a) que o sistema inquisitório trabalha a partir de formas rígidas; e b) que o sistema inquisitorial desconhece as formas processuais. É a flexibilidade entre os dois extremos que possibilita a maleabilidade do processo nas mãos do inquisidor;
10. Além da tendência ao amorfismo (ilegalidade congênita) o processo inquisitório possui como elementos acessórios: a) um fundo de crença; b) um princípio de pretensa neutralidade do julgador; c) a indistinção entre as funções de acusar e julgar; d) a transposição de limites na busca pela verdade real (algo por decerto inacessível), legitimando inclusive o uso da tortura; e) uma concepção ontológica de delito (pune-se alguém por aquilo que ele é); f) uma cultura do arrependimento somada a um processo marcado pela decisionismo;
11. A ruptura das formas processuais é analisada contemporaneamente pela teoria das invalidades e nulidades. A teoria das nulidades no Brasil, além de pouco desenvolvida legitima a manifestação de um processo inquisitorial, concebendo-se a nulidade como um atraso e uma injustificada formalidade causadora de transtornos de ordem processual;
12. A atual teoria das nulidades no processo penal se dá como um verdadeiro palimpsesto, permitindo uma justaposição entre a teoria da invalidade de direito privado e o seu tratamento e recepção pelo direito processual civil. Esta justaposição aderiu muito bem ao funcionamento do mecanismo inquisitorial;
13. A atual teoria das nulidades é formada a partir de um sistema principiológico;
14. O sistema principiológico das nulidades processuais penais reúne os seguintes princípios: a) instrumentalidade das formas; taxatividade; causalidade; convalidação

- e interesse, todos inadequados para a tutela dos direitos fundamentais do acusado (instrumentalidade constitucional do processo penal);
15. A doutrina aponta que as nulidades poderiam ser: a) um vício do negócio jurídico processual; b) uma sanção de caráter processual; c) a violação a um tipo constitucional; d) um ato processual inválido;
 16. A realização ilegal de um ato processual produz um ato inválido. A nulidade é a consequência da declaração de invalidade, tendo como natureza o efeito desconstitutivo do ato realizado. Não há nulidade sem declaração judicial, embora a invalidade se perfectibilize com a simples prática irregular do ato processual.
 17. A anulabilidade e a inexistência dos atos processuais são categorias logicamente inadaptáveis ao processo penal contemporâneo: a primeira por sua conformação civilística; a segunda, pela cessação da razão histórica de sua fabricação doutrinária (taxatividade e supressão das nulidades absolutas);
 18. A “mera irregularidade” vem se expandindo e limitando a declaração de invalidade com a posterior nulificação do ato. Por uma razão de eficiência do sistema persecutório e como categoria autônoma, sua “função positiva” acaba por se expandir para absorver determinados grupos de atos processuais, não mais se limitando a servir como não-declaração de nulidade;
 19. A usual distinção entre nulidades absolutas e relativas não é aplicável ao processo penal. As nulidades no processo penal (equivalentes hoje às absolutas) não se sujeitam aos princípios comumente atribuídos pela doutrina à nulidade relativa;
 20. A relação entre a nulidade dos atos processuais e a prova ilícita é de gênero e espécie. Esta relação não retira a peculiaridade do tratamento conceitual, principiológico e consequencial da prova ilícita, que segue como categoria autônoma;
 21. Ilicitude significa uma qualidade do ato; todavia, não indica os seus efeitos; a consequência de uma prova ilícita é a nulidade.
 22. A prova ilícita e suas derivadas são inadmissíveis constitucionalmente. Entretanto, a jurisprudência e a recente reforma processual penal proporcionaram uma série de limitações à teoria da prova ilícita derivada. Estas limitações que encontram sede

- doutrinária e jurisprudencial são inaplicáveis ao sistema processual penal brasileiro, por manifesta inconstitucionalidade;
23. A antiga teoria das nulidades deve ser substituída por uma nova teoria das nulidades. Esta substituição, aqui proposta, se dá através da formulação de um novo sistema principiológico, que refunda a ilegalidade do ato processual penal defeituoso tomando-se por base a instrumentalidade constitucional do processo penal;
 24. Um novo sistema principiológico das nulidades concebe as normas que tutelam as formas processuais como portadoras de uma dúplici natureza: protegem as próprias normas processuais e protegem normas de direito fundamental (direito material);
 25. A categoria de nulidade relativa e com ela seus princípios corolários como demonstração de prejuízo, preclusibilidade, interesse, sanabilidade, causalidade e instrumentalidade das formas são inaplicáveis ao processo penal;
 26. Inexiste diferença ontológica entre prova ilícita e nulidade, pelo que deve o tratamento daquela se dar no âmbito da teoria das nulidades, respeitando-se a sua autonomia;
 27. Para o novo sistema principiológico das nulidades todo ato nulo deve ser retirado dos autos processuais, bem como o magistrado que presidiu a prática irregular do ato afastado da instrução/julgamento do processo. A declaração de invalidade de um ato processual opera como regra de exclusão de competência daquele juiz que presidiu o ato ilegal. Trata-se do princípio da inutilização do ato processual penal nulo;
 28. O material probatório colhido mediante a prática de ato inválido impede a mera ratificação do ato processual precário. No caso específico da prova irrepetível, a sua nulidade implicará em perda da chance processual de provar determinada circunstância mediante aquele mesmo ato. À impossibilidade de renovação do ato processual decorrerá a perda do material probatório. Esta limitação recebe o nome de princípio da preclusão probatória;
 29. Um novo sistema principiológico em matéria de nulidades no processo penal impossibilita a declaração da invalidade quando o juiz puder absolver o acusado. A

- nulidade passa a ser residual em relação ao mérito e não mais preliminar. Este princípio recebe o nome de escusa absolutória;
30. As nulidades deverão constar em um rol mínimo de situações jurídicas configuradas pelo legislador. Contudo, a possibilidade de uma nulidade não se esgota em tais circunstâncias, podendo haver a declaração de invalidade do ato quando houver infringência aos princípios conformadores do sistema acusatório, evidenciando uma abertura para casos não previstos expressamente. Este princípio recebe o nome de taxatividade temperada;
 31. Um novo sistema principiológico das nulidades no processo penal limita a possibilidade de argüição de invalidade processual pelo Ministério Público aos casos em que for violada a distinção entre as funções de acusar e julgar (impedimento da função acusatória);
 32. Em um novo sistema principiológico de nulidades reconhece-se a possibilidade de existência de nulidades em inquérito policial, podendo inclusive contaminar a ação penal eivada naquela ilegalidade originária da investigação preliminar. Trata-se do princípio da extensibilidade jurisdicional;
 33. A nova teoria das nulidades no processo penal será conformada a partir dos seguintes princípios: a) inutilização do ato processual penal nulo; b) preclusão probatória; c) escusa absolutória; d) taxatividade temperada; e) limitação da argüição pelo Ministério Público; f) extensibilidade jurisdicional.
 34. O principal objetivo da nova teoria das nulidades é minimizar as conseqüências do sistema inquisitório e proteger os direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN. *Estâncias: a palavra e o fantasma na cultura ocidental*. Trad. de Selvino José Assmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____. *Profanações*. Trad. de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGUILAR, Francisco. *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas: contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português*. Coimbra: Almedina, 2004.
- AGUILERA MORALES, Marien. Regla de Exclusión y Acusatorio. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 73 – 108.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Góngora, 1934.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría y Historia del Proceso (1945-1972)*. t. 1. México: Universidad Autónoma de México, 1992.
- _____. *Estudios de Teoría y Historia del Proceso (1945-1972)*. t. 2. México: Universidad Autónoma de México, 1992.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1980.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*. Madrid: Prensa Castellana, 1968.
- ALCALA-ZAMORA y CASTILLO. Vincenzo Manzini. Nota Bibliográfica. In MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996. p.ix –xvii.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALLENA, G. Riflessioni sul Concetto di Incostituzionalità della Prova nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 32. Milano, 1989. p. 506-528.

- ALLORIO, Enrico. Ancora: il Sistema del Carnelutti. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. Padova, 1939. p. 59 – 68.
- ALLORIO, Enrico. *El Ordenamiento Jurídico en el Prisma de la Declaración Judicial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1958.
- ALLORIO, Enrico. Gisutizia e Processo nel Momento Presente. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. Padova, 1939. p.220 – 231.
- ALOISI, Ugo. *Manuale Pratico di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1943.
- ALSCHULER, Albert W. A Peculiar Privilege in Historical Perspective. *In HELMHOLZ, R. H. The Privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth century. In HELMHOLZ, R. H et al. The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and developments*. p. 181 – 204.
- ALSINA, Hugo. *Las Nulidades en el Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1958.
- ALVAREZ, Alejandro E. El Principio Acusatorio: garantía de imparcialidad. *In Revista de Ciencias Penales*. n. 3. Montevideo, 1997. p. 117-127.
- ALVAREZ, Alejandro E. La Prueba Prohibida en el Proceso Penal. *In Revista de Ciencias Penales*. n. 4. Montevideo, 1998. p. 04 – 12.
- ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 11 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007.
- AMAR, Akhil Reed. *The Constitution and Criminal Procedural: first principles*. London: New Haven: Yale University Press, 1997.
- AMBOS, Kai. El Principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. *In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 49-72.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- AMODIO, Ennio. Affermazioni e Sconfitte della Cultura dei Giuristi nella Elaborazione del Nuovo Codice di Procedura Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxxix. v. 4. Milano: Giuffrè, 1996. p. 899-916.
- AMODIO, Ennio. Crisi della Legalità Processuale, Filosofia della Rassegnazione e Autorevolezza dei Giuristi. *In INSOLERA, Gaetano. Riserva di Legge e Democrazia Penale: il ruolo della scienza penale*. Bologna: Monduzzi Editore, 2005. p. 81 – 88.

AMODIO, Ennio. Giusto Processo, Procès Équitable e Fair Trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xlvì. v. 1-2. Milano:Giuffrè, 2003. p. 93-107.

AMODIO, Ennio. La Procedura Penale Comparata tra Istanze di Riforma e Chiusure Ideologiche (1870-1989). *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLII. Milano: Giuffrè, 1999. p. 1338 – 1358.

AMODIO, Ennio. The Accusatorial System Lost and Regained Reforming Criminal Procedure in Italy. *In Criminalia*. a. LXIX. n. 2. México D. C.: Porrúa, 2003. p. 17 – 28.

AMODIO, Ennio. Vitórias e Derrotas da Cultura dos Juristas na Elaboração do Novo Código de Processo Penal. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 7. n. 25. São Paulo, 1999. p. 10-22.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRÉZ IBAÑEZ, Perfecto. Democracia com juízes. *In Revista do Ministério Público*. A. 24. n. 94. Lisboa, 2003. p. 31-47.

ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. v. I. 3 ed. Napoles:Eugenio Jovene. 1954.

ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1959.

ANGIONI, Mauro. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1936.

ANQUETIL, Nicole. Saussure e Lacan. *In MELMAN, Charles. O Significante, a Letra e o Objeto*. Rio de Janeiro: Companhia de Feud, 2004. p. 35-40.

APONTE, Alejandro. Derecho Penal del Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano. Günther Jakobs y los Avatares de un Derecho Penal de la Enemistad. *In Revista Brasileira do Instituto Brasileiro de Ciências Penais*. n°. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 09-43.

ARAGONESES, Pedro. *Sentencias Congruentes: pretensión, oposición, fallo*. Madrid: Aguilar, 1957.

ARES, José Luis. Derecho Procesal Penal y Garantías Cosntitucionales: jurisdiccionalidad limitada em materia punitiva como exigencia del principio constitucional acusatorio. *In Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*. n. 5. Buenos Aires, 2008. p. 773 – 785.

ARMENTA DEU, Teresa. El Proceso Penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *In Revista del Poder Judicial*. n. 41-42. ¿???, 1996. p. 53- 86.

ARMENTA DEU, Teresa. Juicio de Acusación, Imparcialidad del Acusador y Derecho de Defensa. *In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 109 – 133.

ARMENTA DEU, Teresa. La Reforma del Proceso Penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal. *In Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. v. 1. n. 2. São Paulo, 2001. p. 149 – 184.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARMENTA DEU, Teresa. Los Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. *In Criminalia*. a. LXIX. n. 2. México D. C.: Porrúa, 2003. p. 29 – 87.

ARMENTA DEU, Teresa. Nuevo Proceso Penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos. *In Criminalia*. a. LXX. n. 1. México D. C.: Porrúa, 2004. p. 251- 270.

ARMENTA DEU, Teresa. Principios y Sistemas del Proceso Penal Español. *In QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. El Nuevo Derecho Penal Español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muníz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 57 – 80.

AROCENA, Gustavo A. *La Nulidad en el Proceso Penal*. 3 ed. Córdoba: Mediterránea, 2007.

AROCENA, Gustavo A. La Nulidad y la Ley Procesal Penal Cordobesa. *In Pensamiento Penal y Criminológico*. a. III. n. 5. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2002. p. 03-54.

ASCARELI, Tullio. Inesistenza e Nullità. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xi. Padova, 1956. p. 61 – 65.

ASENCIO MELADO, José María. *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. Madrid: Trivium, 1991.

AULETTA, Ferruccio. *Nullità e 'Inesistenza' Degli Atti Processuali Civili*. Padova: CEDAM, 1999.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- BACIGALUPO, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca del Proceso Penal. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 11-48.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Direito Processual Penal*. t. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BARATTA, Alessandro. Prefazione. In MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000. p. XIII – XXVIII.
- _____. Seguridad. In Capítulo Criminológico: revista de las disciplinas del control social. v. 29. n. 2. Maracaibo, 2001. p. 03-24.
- BARREIROS, José Antonio. *Proceso Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.
- BATTAGLIA, Achille. *Proceso Alla Giustizia*. Bari: Laterza, 1954.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulação*. Trad. de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.
- BAUM, Adler; MARQUES, Jader. Um Novo Olhar Sobre as Invalidades no Processo Penal. In *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. a.IV. n. 22. Porto Alegre, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: DIN, 2000.
- BELLAVISTA, Girolamo. Il Processo Come Dubbio. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. x. v. 3. Milano: Giuffrè, 1967. p. 762 – 773.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1973.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Sudi sul Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1960.
- BERGSON, Henri. *Matéria e Memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito*. Trad. de Paulo Neves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- 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*. Buenos Aires: Nova Tesis, 2005. p. 201 – 223.

- BETTIOL, Giuseppe. Noções Sobre o Processo Penal Italiano. *In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Sociais*. Jan/mar. Bauru, 1967. p. 105 – 132.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. São Paulo. Trad. de Amilcar Carletti. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p. 165.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- _____. Prólogo. *In* _____. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- BINDER, Alberto M. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. 2 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto M. La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República. *In Ciencias Penales*. a. 17. n. 23. San José de Costa Rica, 2005. p. 31 – 45.
- BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOBBIO, Norberto. Prólogo. *In* FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BONFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes; MACEDO, Henrique Nogueira; NEVES, Lucas Cruz; GUIMARÃES, Rodrigo Suzana; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. A Coisa Julgada em Fazzalari. *In* LEAL, Rosemiro Pereira. *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 233-296.
- BOSCH MORETTI, Enrique L. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1952.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. O Devido Processo Legal: escudo de proteção do acusado e a prais pretoriana. *In* MOREIRA, Rômulo. *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: Jvs Podivm, 2007. p. 161-197.

- BOVINO, Alberto. *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. Buenos Aires: del Puerto, 2005.
- BREDA, Antonio Acyr. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal. *In Ciencia Penal*. a. VI. n. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 104 – 128.
- BRICHETTI, Giovanni. *La “Evidencia” en el Derecho Procesal Penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1973.
- BUIGO, Marcelo R.; PADUCZAK, Sergio A. Algunas Cuestiones Relacionadas con el Principio de Imparcialidad Como Garantía del Imputado Dentro del Proceso Penal. *In Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 289 – 301.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Processuales*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CABRAL NETTO, Joaquim. *Instituições de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CAFFERATA NORES, José I. Los Frutos del Árbol Envenenado. *In Doctrina Penal*. a. 9. n. 33-36. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 491 – 496.
- CAFERRATA NORES, José I. *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- CALAMANDREI, Iolanda. L’Inammissibilità della Prova di “Sentito Dire”. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXIII. Milano: Giuffrè, 1980. p. 791-803.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. Il Concetto di “Lite” nel Pensiero di Francesco Carnelutti. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. v. Padova, 1928. p. 03 – 22.
- CALAMANDREI, Piero. Il Giudice e lo Storico. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. Padova, 1939. p. 105- 128.
- CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Giuoco. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. Padova, 1950. p. 23-51.
- CALAMANDREI, Piero. Il Processo Come Situazione Giuridica. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IV. Padova, 1927. p. 219 – 226.

- CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Buenos Aires: EJE, 1978.
- CALAMANDREI, Peiro. La Relatività del Concetto di Azione. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. Padova, 1939. p. 22 – 46.
- CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. Padova, 1950. p. 273 – 290.
- CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vi. Padova, 1951. p. 01 – 08.
- CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, Processo, Scienza, Verità. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. v. Padova, 1950. p. 01 – 22.
- CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Dover Press, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. Actus Trium Personarum. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xix. Padova, 1964. p. 521 – 526.
- CARNELUTTI, Francesco. A Proposito di Tortura. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. vii. Padova, 1952. p. 234 – 238.
- CARNELUTTI, Francesco. Cenenterola. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. I. Padova, 1946. p. 73 – 78.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como Nasce o Direito*. 3 ed. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se Faz Um Processo*. 2 ed. Campinas: Minelli, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. Crisi Della Giustizia Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xiii. n. 1. Padova, 1958. p. 333 – 363.
- CARNELUTTI, Francesco. *Discorso Intorno al Diritto*. v. II. Padova: CEDAM, 1931.

- CARNELUTTI, Francesco. Eccesso di Potere. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. I. p. 33-55.
- CARNELUTTI, Francesco. Il Diritto Come Antistoria? *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. Padova, 1952. p. 253 – 264.
- CARNELUTTI, Francesco. Il Processo Penale Visto Allo Spechio. *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. Padova, 1952. p.61 – 68.
- CARNELUTTI, Francesco. La Pena Dell'Ergastolo è Costituzionale? *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xi. Padova, 1956. p.01-06.
- CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições Sobre o Processo Penal*. v. 1. Trad. por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições Sobre o Processo Penal*. v. 3. Trad. por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. Lite e Funzione Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. v. Padova, 1928.p. 23 – 37.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Trad. De Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. VIII. Padova: CEDAM, 1953. p.257-264.
- CARNELUTTI, Francesco. Pena e Processo. *In Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. Padova, 1952. p.161 – 168.
- CARNELUTTI, Francesco. Prove Civili e Prove Penale. *In Rivista di Diritto Procesuale Civile*. v. II.Padova, 1925. p. 03 – 26.
- CARNELUTTI, Francesco. Responsabilità e Giudizio. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xiii. n. 1. Padova, 1958. p. 01 – 13.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 1. 2 ed. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2. 2 ed. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

- CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “Giudizio”. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. iv. Padova, 1949.p. 165 – 174.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certeza. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xx. Padova, 1965. p. 04- 09.
- CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto criminale*. v. II. 11 ed. Firenze: Fratelli Camelli, 1924.
- CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado en la Real Universidad de Pisa*. v. II. Trad. Sebastián Soler R. Gavier e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- CARRARA, Francesco. *Reminiscencias de Cátedra y Foro*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 17.
- _____. *Pena e Garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo; LOUREIRO, Antonio Tovo. Nulidades no Processo Penal e Constituição: estudos de casos a partir do referencial garantista. *In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da república de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 511-566.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. de Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- CATALANO, Elena Maria. Giurisprudenza Creativa nel Processo Penale Italiano e nella Common Law: abnormità, inesistenza e plain error rule. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXIX. Milano: Giuffrè, 1996. p. 299 – 321.
- CATALANO, Maria Elena. L’Accertamento dei Fatti Processuali. *In L’Indice Penale*. n. 2. Padova, 2002. p. 521-570.

- CHIAVARIO, Mario. O Impacto das Novas Tecnologias: os direitos do indivíduo e o interesse social no processo penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a.7. n. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 387 – 401.
- CHIAVARIO, Mario. O Processo Penal na Itália. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*. Trad. de Fernando de Freitas Fanco. Barueri: Manole, 2004. p. 43- 57.
- CHIAVARIO, Mario. *La Riforma del Processo Penale: appunti sul nuovo codice*. 2 ed. Torino: UTET, 1990.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal: conceptos fundamentales*. v.1. Buenos Aires: Ediar S. A., 1989.
- CLEMENT, Gérard. De la Règle “Pas de Nullité Sans Grieff” en Droit Judiciaire Privé et en Procédure Pénale. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n.3. Paris: Sirey, 1984. p. 433 – 453.
- CLEMENT, Gérard. L’Appel Voie de Nullité en Procédure Pénale. In *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n. 2. Paris: Sirey, 1990. p. 260 – 269.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Repressione del Crimine ed Incostituzionalità del Mezzi di Prova. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xxvii. n. 4. Padova, 1972. p. 589- 618.
- CONCHE, Marcel. *O Fundamento da Moral*. Trad. de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CONDE CORREIA, João. *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. Coimbra: Coimbra, 1999.
- CONSO, Giovanni. Appunti sui Motivi di Appello. In *Rivista Italiana di Diritto Penale*. a. VIII. Milano:Giuffrè, 1955. p. 400 – 413.
- CONSO, Giovanni. Considerazioni in Tema di Contradittorio nel Processo Penale Italiano. In *Rivista di Diritto e Procedura Penale*. a. ix. v. 2. Milano: Giuffrè, 1966. p. 405-418.

- CONSO, Giovanni. I Diritti dell'Uomo e il Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xxiii. Padova, 1968. p. 307 – 327.
- CONSO, Giovanni. *I Fatti Giuridici Processuali Penali: perfezione ed efficacia*. Milano: Giuffrè, 1955.
- CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le Specie D'Invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*. Milano: Giuffrè, 1972.
- CONSO, Giovanni. Natura Giuridica Delle Norme Sulla Prova nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxv. n. 1. Padova, 1970. p. 07 – 21.
- CONSO, Giovanni. Premesse per una Discussione in Tema di Norme Sulla Prova nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xxiv. Padova, 1969. p. 01 – 07.
- CONSO, Giovanni. Vero e Falso nei Principi Generali del Processo Penale Italiano. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. I. v. 2. Milano: Giuffrè, 1958. p. 289 – 303.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Commentario Breve al Nuovo Codice di Procedura Penale*. Padova: CEDAM, 1995.
- CONTI, C. *Accertamento del Fatto e Inutilizzabilità del Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2007.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Nulidades no Processo Penal*. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- CORDERO, Franco. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986.
- CORDERO, Franco. Diritto. *In Enciclopédia Einaudi*. v.39. Trad. de Maria Bragança. Lisboa: Casa da Moeda, 1999. p. 11- 128.
- CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. Torino: Giuffrè, 1966.
- CORDERO, Franco. *Il Giudizio D'Onore*. Milano: Giuffrè, 1959.
- CORDERO, Franco. I Poteri del Magistrato. *In L'Indice Penale*. a.XX. Padova: CEDAM, 1986. p. 29-33.
- CORDERO, Franco. La Decisione sul Reato Estinto. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. v. v. 3. Milano: Giuffrè, 1962. p. 665-709.

- CORDERO, Franco. La Riforma Dell'Istruzione Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. vi. v. 3. Milano: Giuffrè, 1963. p. 714-725.
- CORDERO, Franco. *Le Situazione Soggettive nel Processo Penale*. Torino: Giappichelli, 1956.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v.I. Trad. de Jorge Guerrero. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. II. Trad. de Jorge Guerrero. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000.
- CORDERO, Franco. Prove Illecite nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 1. Milano: Giuffrè, 1961. p. 32-55.
- CORNEJO, Roberto Ignacio. *¿Está Facultado el Fiscal de Instrucción Para Declarar la Nulidad?* Córdoba: Editorial Mediterránea, 2005.
- CORSONELLO, Carlo. *La Norma e L'Atto Processuale Penale*. Padova: CEDAM, 1958.
- COSTA, Pietro. Un Modello per Un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico-teorica della "modernità" penalistica. *In GIANFORMAGGIO, Letizia. Le Ragioni del Garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- COSTALUNGA, Danilo Alejandro Mognoni. A Teoria das Nulidades e o Sobredireito Processual. *In Revista dos Juizados Especiais*. a.3. v. 9. São Paulo: Fiuza, 1998. p. 19 – 47.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Invalidade Processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito Penal e Reforma Processual. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 16. n. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 385 – 391.
- _____. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *In Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ITEC*, Porto Alegre, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice. *In Boletim IBCCRIM*. n. 17. n. 200. São Paulo, 2009. p. 23-24.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Novo Papel do Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da república de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 253-262.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? Disponível em www.ulbrajus.com.br. Acesso em 15.04.2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Montevideo: Buenos Aires: B de F, 2005.

COUTURE, Eduardo J. La Garanzia Costituzionale del “Dovuto Processo Legale”. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. ix. Padova, 1954. p. 81 – 101.

CREUS, Carlos. *Invalidez de los Actos Procesales Penales: nulidad. inadmissibilidad. inexistencia*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

CROQUEZ, Albert. *Précis des Nullités en Matière Pénale: manuel pratique de procédure criminelle*. Paris: Recueil Sirey, 1936.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição: direitos humanos, direitos fundamentais.t.2*. Lisboa: Verbo, 2002.

CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Idéias*. Vol. 26. Coimbra, 2005.

CUSIMANO, Franco Antonio. *Il Problema della Giustizia nel Rapporto Processuale*. Padova: CEDAM, 1958.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. 6 ed. Padova: CEDAM, 2006.

DAMASKA, Mirjan R. De la Prueba por Referencia y sus Análogos. In *Nueva Doctrina Penal*. Fasc.B. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 433 – 467.

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. London: New Haven: Yale University Press, 1986.

- DARMON, Marc. Ravinamento. In MELMAN, Charles. *O Significante, a Letra e o Objeto*. Rio de Janeiro: Companhia de Feud, 2004. p. 65 – 72.
- DE GIOVANNI, Biagio. *La Nullità Nella Logica del Diritto*. Napoli: Morano Editore, 1964.
- DE LUCA, Giuseppe. La Tortura nei Rapporti tra Processo e Pena. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. iv. Padova, 1949. p.318 – 332.
- DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale: la carcerazione preventiva*. Padova: CEDAM, 1953.
- DE MARSICO, Alfredo. *Diritto Processuale Penale*. Napoles:Eugenio Jovene, 1966.
- DE MARSICO, Alfredo. Le Nullità nel Nuovo Codice di Procedura Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1913.
- DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale*. 3 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1952.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DELMAS-MARTY, Mireille. À Origem destes Trabalhos. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência européia*. Trad. de Fernando de Freitas Fanco. Barueri: Manole, 2004. p. xv- xxii.
- DEL POZZO, Carlo Umberto. *Le Impugnazioni Penali*. Padova: CEDAM, 1951.
- DELUMEAU, Jean. *O Pecado e o Medo: a culpabilização no Ocidente (séculos 13-18)*. v. I. Trad. de Álvaro Lorencini. Bauru: EDUSC, 2003.
- DELOGU, Tullio. *Contributo Alla Teoria Della Inammissibilità nel Diritto Processuale Penale*. Milano: Giuffrè, 1938.
- DENTI, Vittorio. *Note sui Vizi della Volontà Negli Atti Processuali Penali*. Padova: CEDAM, 1959.
- DENTI, V. Nullità Degli Atti Processuali Civili. In *Novissimo Digesta Italiano*, XI. Torino: UTET, 1965.
- DENTI, Vitorio. Intorno alla Relatività della Distinzione tra Norme Sostanziali e Norme Processuali. In *Rivista di Diritto Processuale*.v. XIX. Padova: CEDAM, 1964. p.64-77.
- DE QUIROS, Carlos M. Bernaldo; RODRIGUEZ, Gerardo Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1982.

- DESIMONI, Luis María; TARANTINI, Ricardo Santiago. *La Nulidad en el Proceso Criminal: doctrina y jurisprudencia. Problemática del Mercosur. Internalización del delito.* Buenos Aires: Depalma, 1998.
- DE VABRES, H. Donnedieu. *La Politique Criminelle des États Autoritaires.* Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937.
- DIAZ CANTÓN, Fernando. Exclusión de la Prueba Obtenida por Medios Ilícitos. El Principio de Inocencia y la Adquisición de la Prueba. *In Nueva Doctrina Penal.* Fasc. A. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 333 – 346.
- DI CHIARA, Giuseppe. Linee Evolutive Della Giurisprudenza Costituzionale in Tema di Imparzialità del Giudice”. In PERCHINUNNO, Vincenzo. *Percorsi di Procedura Penali II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema.* p. 11- 38.
- DI MASI, Geraldo R.; OBLIGADO, Daniel H. *Nulidades del Proceso Penal.* Rosario: Nova Tesis, 2004.
- DINACCI, Ugo. *Prospettive Sistematiche del Processo Penale.* 2 ed. Padova: CEDAM, 1978.
- DI PALMA, Elisabeth M.T. Inesistencia Giuridica: categoria extrema ma irrinunciabile. In PERCHINUNNO, Vincenzo. *Percorsi di Procedura Penali II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema.* p. 219 – 229.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DÖHRING, Erich. *La Prueba, su Práctica y Apreciación: la investigación del estado de los hechos del proceso.* Trad. de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: El Foro, 1996.
- DOMINIONI, Oreste. I Principi Dell’Oralità e del Contraddittorio nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto e Procedura Penale.* a. XL. Milano: Giuffrè, 1997. p. 669 – 773.
- DOMINIONI, Oreste. *Improcedibilità e Proscioglimento nel Sistema Processuale Penale.* Milano: Giuffrè, 1974.
- DOSI, Ettore. *La Sentenza Penale di Proscioglimento.* Milano: Giuffrè, 1955.
- DOSI, Ettore. *Sul Principio di Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale.* Milano: Giuffrè, 1957.
- DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal.* v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- ECHARRI CASI, F. J. Prueba Ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales. *In Revista Poder Judicial*. n.69. Madrid, 2003. p 261-301.
- ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Trad. de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.
- ELLSCHIED, Gunther. O Problema do Direito Natural. Uma Orientação Sistemática. *In KAUFMANN, A; HASSEMER, W. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 211- 280.
- ENRIQUEZ, Eugène. *Da Horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. Trad. de Teresa Cristina Carreteiro e Jacyara Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores*. Revisto e Ampliado por Francisco de la Pena em 1376. 2 ed. Trad. de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *El Proceso Como Función de Satisfacción de Pretensiones*. *In Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. n. I. Madrid, 1969.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Habeas Corpus y Tortura Oficializada*. Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”, El Justicia de Aragón, 2005.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Para la Elaboracion de una Doctrina General de los Principios del Procedimiento*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Presente y Futuro del Proceso Penal Español. *In Revista de Derecho Judicial*, 1968. Madrid, n. 33. p. 01-103.
- FAIRÉN GUILÉN, Victor. *Temas del Ordenamiento Procesal: historia. teoría general*. t. I. Madrid: Tecnos, 1969.
- FASSONE, Elio. Dalla “Certezza” All’”Ipotesi Preferibile”: um metodo per la valutazione. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXVIII. Milano:Giuffrè, 1995. p. 1104 – 1131.
- FASSONE, Elvio. La Valoración de la Prueba en los Procesos de Criminalidad Organizada. *In Cuadernos de Política Criminal*. n. 64. Madrid: EDERSA, 1998. p. 113 – 153.
- FAZZALARI, Elio. *Conocenza e Valori: saggi*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Procedura Civile*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996.
- FAZZALARI, Elio. *Introduzione Alla Giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1984.

- FAZZALARI, Elio. La Dottrina Processualistica Italiana: Dall’Azione al Processo (1864-1994). *In Rivista di Diritto Processuale*. a. XLIX. n. 4. Padova, 1994. p. 911 – 925.
- FAZZALARI, Elio. La Impazialità del Giudice. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxvii. n. 2. Padova, 1972. p. 193 – 203.
- FAZZALARI, Elio. L’esperienza del Processo Nella Cultura Contemporanea. *In Rivista de Diritto Processuale*. v. xx. Padova, 1965. p. 10 – 30.
- FAZZALARI, Elio. Processo e Giurisdizione. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xlviii. n.1. Padova, 1993. p. 01 -19.
- FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del Processo. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xlv. n.1. p. 01- 11.
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. v. I. 3 ed. Barcelona-Madrid: Labor S. A., 1960.
- FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. 3 ed. Madrid: Ageda, 1978.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal*. Lisboa: Almedina, 2001.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. *Nulidades no Processo Penal*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. 4 ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Trad. De Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. La Giustizia Penale Penale Nella Crisi del Sistema Politico. *In* LIBERATI, Edmondo Bruno; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. *Governo dei Giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Feltrinelli, 1996. p. 65-82.
- _____. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Marcos Criado e Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

- FERRI, Enrico. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Trad. de Don Isidro Perez Oliva. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1897.
- FERRU, Paolo. Contraddittorio e Verità nel Processo Penale. In GIANFORMAGIO, Letizia. *Le Ragione del Garantismo*: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal I*. Coimbra Editora:Coimbra, 2004.
- FLORIAN, Eugenio. Le Due Prove (civile e penale). In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. III.Padova, 1926. p. 221 – 230.
- FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932.
- FOSCHINI, Gaetano. *Giudicare ed Essere Giudicati*: studi. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1960.
- FOSCHINI, Gaetano. *Il Dibattimento*: studi. Milano: Giuffrè, 1956.
- FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione*: saggi critici. Milano: Giuffrè, 1971.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FRANCIA, Adolfo. La Strega, il Deviante, e le Radici Storiche del Processo Inquisitorio, Riflessioni Criminologiche. In *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 83 – 96.
- FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas Completas*. v. VIII: Os Chistes e Sua Relação com o Inconsciente. Trad. de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____. *Obras Psicológicas Completas*. v. XIX: o Ego e o Id. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- _____. *Totem e Tabu*. Trad. de José Octavio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1998.
- FURNO, Carlo. Nullità e Rinnovazione Degli Atti Processuali. In *Studi in Onore di Enrico Redenti*. v. I. Milano: Giuffrè, 1951. p. 403-465.
- GALATI, Antonino. *Il Comportamento Delle Parti nel Regime delle Nullità Processuali Penali*. Milano: Giuffrè, 1970.
- GALLANTINI, Novella. *L'Inutilizzabilità Della Prova nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 1992.

- GALANTINI, Novella. Vizi Degli Atti Processuali Penali. *In Digesta Penale*. v. XV. Torino: Giappicheli, 1999.
- GALLO, Marcello, CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1964.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: justiça e democracia*. Trad. de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARCEZ RAMOS, João Gualberto. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1994.
- GARCÍA RAMIREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. México D. C: Porrúa, 1974.
- GAROFALO, Raffaella. La Nuova Procedura Penale. *In Nuova Antologia*, Roma: Forzani, 1901.
- GAROFALO, Raffaella. Le Nullità nei Giudizi Penali e L'Istituto della Cassazione. *In Rivista Pratica di Dottrina e Giurisprudenza*. a. 1. v. 1. Napoli: Eugenio Marghieri, 1903. p. 01-12.
- GAROFALO, Raffaella; CARELLI, Luigi. *Riforma della Procedura Penale. Progetto di un Nuovo Codice*. Torino: Fratelli Bocca, 1889.
- GAROFOLI, Vincenzo. Giudizio, Regole e Giusto Processo i Tormentati Itinerari della Cognizione Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLIII. Milano: Giuffrè, 2000. p. 512 – 521.
- GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione D'Innocenza e Considerazione di Non Colpevolezza. La Fungibilità delle Due Formulazione. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLI. Milano:Giuffrè, 1998. p. 1168 – 1200.
- GARRAUD, René. *Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*. t.III. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1912.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione Tra Essere e Dover Essere. *In _____*. *Le Ragioni del Garatismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIARDA, Angelo. “Astratte Modellistiche” e Principi Costituzionali del Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXXVI. Milano:Giuffrè, 1993. p. 889 – 905.

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. 911 – 930.

GIL, Fernando. *A Convicção*. Trad. de Adelino Cardoso e Marta Lança. Porto: Campo das Letras, 2003.

GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996.

GIMENO SENDRA, Jose Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal* (Jurisdicción, Acción, Processo). Madrid: Civitas, 1981.

GIMENO SENDRA, Vicente. Prólogo. *In GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. p.07.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Trad. de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. Padova: CEDAM, 1950.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso*. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el Estado de Derecho: diez estudios doctrinales*. Castellón: Palestra Editores, 1999.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la exclusionary rule en EE UU. *In Revista de Derecho y Proceso Penal*. n.20. 2008.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 7 ed. Madrid: Ediciones Madrid, 1972.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.
- GÖSSEL, Karl Heinz. As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 2. n. 3. Coimbra:Coimbra Editora, 1992. p. 397 – 441.
- GÖSSEL, Karl Heinz. La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Aspectos Jurídico-Constitucionales y Político-Criminales. *In Cuadernos de Política Criminal*. n. 45. Madrid: EDERSA, 1991. 673 – 693.
- GÖSSEL, Karl Heinz. La Verdad en el Proceso Penal ¿Es Encontrada o Construida? *In Revista de Ciencias Penales*. n. 6. Buenos Aires: Mario Viera Editor, 2000. p. 71 – 86.
- GÖSSEL, Karl Heinz. Sobre Valoración Probatoria, Apreciación de la Prueba y Reglas de Prueba. *In GUZMÁN DALBORA, José Luis. El Penalista Liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, proceso penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 95 – 109.
- GOYET, Charles. A Propos des Nullités de L’Instruction Préparatoire: quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles. *In Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n. 4. Paris:Sirey, 1976. p. 899 – 914.
- GRECO, Luis. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *In Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Jan/jun 2005. Brasília, 2005. p. 15 – 26.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUARNERI, Jose. *Las Influencias del Derecho Civil en el Drecho Penal*. Trad. de Constancio Bernaldo de Quiros. Puebla: Jose M. Carica, sem ano.

GUARNERI, José. *Las Partes en el Proceso Penal*. Trad. De Constancio Bernaldo de Quirós. México D. C.: José M.Cajica, 1952.

GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1939.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los Jueces y la Política: poder judicial y democracia*. Trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1997.

GUASP DELGADO, Jaime. *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1997.

GUASP DELGADO, Jaime. La Justicia Constitucional en España. *In Revista de la Facultad de Derecho de México*. t. X. ns. 37-38-39-40. México D. C, 1960. p. 203 – 219.

GUASP DELGADO, Jaime. *La Paz Como Fundamento del Derecho*. Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, s. d.

GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil: introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. t. I. 6 ed. Madrid: Civitas, 2003.

GUERRIN, Muriel. Les Changements Opérés par la Loi Relative À la Présomption D’Innocence sur les Nullités de Prcédure dans la Phase Préalabrl au Jugement Pénal. *In Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n. 4. Paris, 2000. p. 753 – 767.

HAIRABEDÍAN, Maximiliano. *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Villela, 2002.

HAIRABEDÍAN, Maxiiliano. La Prueba Obtenida Ilícitamente por Particulares. *In Nueva Doctrina Penal*. Fasc. B. Buenos Aires, 2002. p. 663 – 674.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Nulidade no Inquérito Policial – reconhecimento e conseqüências. *In Raízes Jurídicas*. v. 4. n.1. jan/jun. Curitiba, 2008. p. 289-300.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Trad. de Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

_____. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: AMP: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HÉLIE, Faustin. *Traité de L'instruction Criminelle I: histoire et théorie de la procédure criminelle*. Paris: Charles Higray, 1845.

HÉLIE, Faustin. *Traité de la Instruction Criminelle IX-X: position des questions au jury, déclarations des jurés et arrêts de la cour d'assises, voies de recours contre les jugements et arrêts, exécutions des condamnations*. Paris: Charles Hingray, 1860.

HENDLER, Edmundo S. *Las Garantías Penales y Procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: del Puerto, 2001.

HERZOG, Felix. Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo. *In Revista Penal*. n° 4. Barcelona, 1993. p. 54-57.

_____. Límites al Control de los Riesgos Sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro. *In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 46. 1993. p. 317-327.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HINKELAMMERT, Franz. *As Armas Ideológicas da Morte*. São Paulo: Paulinas, 1983.

_____. *El Asalto al Poder Mundial y la Violencia Sagrada del Imperio*. San José: DEI: 2003.

_____. La Inversión de los Derechos Humanos: el caso John Locke. *In HERRERA FLORES, Joaquín. El Vuelo del Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée du Brouwer, 2000.

_____. *Sacrificios Humanos e Sociedade Ocidental: Lúcifer e a besta*. Trad São Paulo:Paulus, 1995.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IANNONE, leonardo. Soggeti, Modalità e Termini per la Deduzione delle Nullità Derivanti dall'omessa Citazione della Persona Offesa, della Parte Civile e del Querelante. *In*

- PERCHINUNNO, Vincenzo. *Percorsi di Procedura Penali II: Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*. p. 63-74.
- IASEVOLI, Clelia. *La Nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli: CEDAM, 2008.
- ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 135 – 160.
- INVREA, Francesco. La Giurisdizione Concreta e la Teorica del Rapporto Giuridico Processuale. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IX. Padova, 1932. p. 24 – 60.
- INVREA, Francesco. Possibilità Giuridica e Legitimazione. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. xvi. Padova, 1939. p. 313 – 331.
- JÄGER, Christian. *Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Proceso Penal*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido, 2003.
- JAKOBSON, Roman. Dois Aspectos da Linguagem e Dois Tipos de Afasia. In _____. *Lingüística e Comunicação*. Trad. de Izidoro Blikstein e Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2000.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho Procesal Penal*. v. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. La Prueba Ilícita y las Reglas de “Desconexión” de sus Efectos. In *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. a. VI. n. 58. 2009. p. 23 – 29.
- JUNG, Heike. O Processo Penal da República Federal da Alemanha. In DELMAS MARTY, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência européia*. Trad. de Fernando de Freitas Fanco. Barueri: Manole, 2004. p. 77-84.
- KAFKA, Joseph K. *Na Colônia Penal*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4 ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.

- KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le Droit ou le Paradoxes du Jeu*. Paris: PUF, 1992.
- KIERKEGAARD, Soren. *O Conceito de Angústia*. Trad. de Eduard Nunes Fonseca e Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 2007.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise*. São Paulo: Contraponto, 1999.
- KRAMER, Heirich; SPRENGER, James. *Malleus Malleficarum – O Martelo das Feiticeiras*. 17 ed. Trad. de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2004.
- LA ROCCA, Manlio. *Studi Sul Problema del “Fatto” nel Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1954.
- LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- LACAN, Jacques. *Nomes-do-Pai*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- LACAN, Jacques. *O Mito Individual do Neurótico: ou poesia e verdade na neurose*. Trad. de Claudia Berliner. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- LACAN, Jacques. *O Seminário IV: a relação de objeto*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- LACAN, Jacques. *O Seminário XVII: o avesso da psicanálise*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- LACAN, Jacques. *Outros Escritos*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003.
- LANGBEIN, John H. The Privilege and Common Law Criminal Procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries. In HELMHOLZ, R. H. The Privilege and the Ius Commune: the middle ages to the seventeenth century. In HELMHOLZ, R. H et al. *The Privilege Against Self-Incrimination: its origins and developments*. p. 82-108.
- LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago and London: University of Chicago Press, 2006.
- LANGENFELD, Friedrich Spee von. *Cautio Criminalis or a Book on Witch Trials*. Trad. de Marcus Hellyer. Charlottesville: London: University of Virginia Press, 2003.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEAL GONZÁLEZ, Cesar. *EL Principio Dispositivo en el Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *Um Mundo Sem Limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social*. Trad. de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.
- LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo: lineamenti di un'Antropologia Dogmatica*. Trad. de Elisa Scatollini i Paolo Heritier. Torino: Giappichelli, 2005.
- LEGENDRE, Pierre. *Il Giurista Artista Della Ragione*. Trad. de Luisa Avitabile. Torino: Giapicchelli, 2000.
- LEGENDRE, Pierre. *Jouir du Pouvoir: traité de la breaucratie patriote*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1976.
- LEGENDRE, Pierre. *Leçons II. L'Empire da la Verité: introduction aux espaces dogmatiques industriels*. Paris : Fayard, 1989.
- LEGENDRE, Pierre. *Leçons IV. El Inestimable Objeto de la Transmisión*. Madrid: Siglo XXI, 1996.
- LEGENDRE, Pierre. *Leçons VI. Les Enfants du Texte: étude sur la fonction parentale des États*. Paris: Fayard, 1992.
- LEGENDRE, Pierre. *Leçons VII. Le Desir Politique de Dieu: etude sur les montages de l'Etat et du Droit*. Paris: Fayard, 1988.
- LEGENDRE, Pierre. *Lecciones VIII. El Crimen del Cabo Lortie: tratado sobre el padre*. Trad. de Federico Alvarez. México D. C: Siglo Veintiuno, 1994.
- LEGENDRE, Pierre. *O Amor do Censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad. de Aluísio Menezes e Potiguara Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.
- LEITES, Carlos A. *La Forma de los Actos en el Proceso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1955.
- LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1951.
- LEONE, Giovanni. *Manuale di Procedura Penale*. 2 ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1962.
- LEONE, Giovanni. Pena e Processo, Nuove Prospettive. *In Rivista di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvi. n. 1. Milano: Giuffrè, 1983.

- LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- LEONE, Giovanni. *Sistema Della Impugnazioni Penali*. Napoli: Eugenio Jovene, 1935.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del Principio Dispositivo. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xv. Padova, 1960. p. 551 – 565.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Opera Scientifica di James Goldschmidt e la Teoria del Rapporto Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. v. Padova, 1950.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 7 ed. Milano: Giuffrè, 2007.
- LIMA, Arnaldo Siqueira de. Vícios do Inquérito Policial Maculam a Ação Penal. *In Boletim do IBCCRIM*. n. 82. São Paulo, 1999. p. 10.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LISI, Gaetano Contursi. *Le Nullità nel Codice di Procedura Penale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1937.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Sistemas de Investigação Preliminar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LÓPEZ-MESA, Marcelo J. *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales: en la doctrina y la jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 4 ed. Madrid: Prensa Castellana, 1974. p. 09.
- LORENCES, Valentín H; TORNABENE, María Inés. *Nulidades en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.

- LOZZI, Gilberto. Il Giusto Processo e i Riti Speciali Deflativi del Dibattimento. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLV. Milano:Giuffrè, 2002. p. 1159 – 1192.
- LOZZI, Gilberto. I Principi Dell’Oralità e del Contraddittorio nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XL. Milano: Giuffrè, 1997. p. 669 – 693.
- LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali Come Istituzione*. Dedalo: Bari, 2002. p. 59.
- LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*. Lisboa: Veja, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980.
- _____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1997.
- _____. *Sociologia do Direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LYOTARD, Jean-François. *O Inumano: considerações sobre o tempo*. Trad. de Ana Cristina Seabra e Elizabete Alexandre 2 ed. Lisboa: Estampa, 1997.
- MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- MAIER, Julio B. J. ¿Es Posible Todavía la Realización del Proceso Penal en el Marco de un Estado de Derecho? *In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005 p. 353 – 364.
- MAIER, Julio B. J. Las Nuevas Tendencias del Proceso Penal. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 4. n. 16. São Paulo, 1996. p. 77-85.
- MAIER, Julio B. J. *Función Normativa de la Nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- MAIER, Julio B.J; GUARIGLIA, Fabricio. Las Prohibiciones de Valoración Probatoria en el Procedimiento Penal. *In Revista de Ciencias Penales*.n.4. Montevideo, 1999. p. 181-190.
- MALAN, Diogo Rudge. Defesa Penal Efetiva. *In Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. a. 3. n. 4. São Paulo: Revista dosTribunais, 2006. p. 253 – 277.
- MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996.

- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. III. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MASSA, Carlo. Il Principio Dispositivo nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. iv. v. 2. Milano: Giuffrè, 1961. p. 351-413.
- MASSA, C. *L'Acquiescenza nel Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1954.
- MAZZARELLA, Ferdinando. Proposte Alternative per un Discorso Sulla Scienza del Diritto e del Processo. In *Rivista di Diritto Processuale*. a. xxxii. n. 4. Padova, 1977. p. 635-662.
- MELE, Vittorio. *Il Segreto Istruttorio*. Napoli: Eugenio Jovene, 1959.
- MELMAN, Charles. *Clínica Psicanalítica: artigos e conferências*. 2 ed. Trad. de Leda Mariza Fischer Bernardino. Salvador: Ágalma: Ed. UFBA, 2007.
- MELMAN, Charles. *Como Alguém se Torna Paranóico?: de Schreber a nossos dias*. Trad. de Telma Queiroz. Porto Alegre: CMC, 2008.
- MELMAN, Charles. *O Homem Sem Gravidade: gozar a qualquer preço; Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun*. Trad. de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.
- MENCARELLI, Franco. *Il Provvedimento Abnorme Nella Teoria del Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1984.
- MESSITE, Peter J. O Poder Judiciário Norte Americano em Face das Provas Ilegalmente Obtidas. In *Boletim dos Procradores da República*. a. III. n. 30. 2000. p. 11 – 15.
- MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000.
- 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. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2006. p. 299 – 320.

MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

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. 313 – 337.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos, 1976.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. 14 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MORÃO, Helena. O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 16. n. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 575 – 620.

MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. 3 ed. Madrid: Colex, 2000.

MOSCARINI, Paolo. *Esigenze Antiformalistiche e Conseguimento dello Scopo nel Processo Penale Italiano*. Milano: Giuffrè, 1988.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processual Penal*. 3 ed. Barueri: Manole, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De Nuevo Sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Controle Social*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. 2 ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

MUSOTTO, Giovani. *La Teoria Dell’Interesse nel Processo Penale*. Palermo: Priula, 1937.

NAPPI, Aniello. *Guida Breve alla Procedura Penale*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2004.

NASSIF, Aramis. *Considerações Sobre Nulidade no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NOBILI, Massimo. Storie D'Una Illustre Formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XLVI. Milano:Giuffrè, 2003. p. 71 – 92.

NUVOLONE, Pietro. Introduzione a un Indirizzo Critico nella Scienza del Diritto Penale. In *Rivista Italian di Diritto Penale*. v.2. Milano:Giuffrè, 1949. p. 379-394

NUVOLONE, Pietro. Legalità Penale, Legalità Processuale e Recenti Riforme. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxvii. n. 1. Milano: Giuffrè, 1984. p. 03-15.

NUVOLONE, Pietro. Processo Penale: legalità, giutizia e difesa sociale. In *Bolletino Dell'instituto di Diritto e Procedura Penale*. a. 1962-63 e 1963-64. Pavia, 1964. p. 09 – 21.

OLIVA SANTOS, Andrés de la; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HONOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Hermenêutica e Processo: na tutela dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ONDEI, Emilio. Liberalismo o Autoritarismo Processuale? In *Rivista di Diritto Procesuale*. v. vii. Padova, 1952.

ONFRAY, Michel. *Tratado de Ateologia: física da metafísica*. Trad. de Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ORLANDI, Renzo. Inchieste Preparatorie nei Procedimenti di Criminalità Organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis? In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxxix. v. 2-3. Milano: Giuffrè, 1996. p.568-592.

OROZCO ABAD, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

- OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PADOVANI, Tullio. Il Crepuscolo della Legalità nel Processo Legalità, Riflessione Antistoriche Sulle Dimensione Processuali Della Legalità Penale. *In L'Indice Penale*, Padova, 1999. p. 520 – 547.
- PANNAIN, Remo. *Le Sanzioni Degli Atti Processuali Penali*. Napoli: Eugenio Jovene, 1933.
- PASTOR, Daniel R. *¿Derechos Fundamentales o Persecución Penal si Límites?* Buenos Aires:Editores del Puerto, 2004.
- PASTOR, Daniel R. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- PASTOR, Daniel R. Recurso de Casación y Anulación de Oficio. *In Nueva Doctrina Penal*. Fasc. B. Buenos Aires: del Puerto, 1997. p. 669 – 684.
- PAYÁ, Fernando Horacio. *Fundamento y Trascendencia de las Nulidades Procesales: la visión de David Lascano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.
- PAZ, Octavio. *Claude Levy-Strauss ou o Novo Festim de Esopo*. Trad. de Lea Novaes. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Derecho y Poder: el poder y sus límites. *In Derechos y Libertades*. a. IV. n. 7. Madrid, 1999. p. 15 – 87.
- PELLINGRA, Benedetto. *Le Nullità nel Processo Penale: teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1957.
- PELLINGRA, Benedetto. Prolegomeni alla Teoria Generale del Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. II. v. 1. Milano:Giuffrè, 1961. p. 18-22.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2001.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- PESCATORE, Matteo. *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale: nelle somme sue regioni e nel suo ordine naturale*.v. II. Torino: UTET 1865.
- PESSOA, Nelson. *La Nulidad en el Proceso Penal*. 2 ed. Buenos Aires: Mave, 1999.

- PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di Procedura Penale*. v I. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. Padova: CEDAM, 1975.
- PISAPIA, Gian Domenico. Il Nuovo Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xlv. n.1. Padova, 1989. p. 627 – 638.
- PODO, Carla. Sull'Utilizzabilità degli Atti Probatori Assunti in un Dibattimento Dichiarato Nullo per Vizio di Costituzione del Giudice. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. ix. v. 3. Milano: Giuffrè, 1966. p. 851-868.
- POLI, Roberto. Sulla Sanabilità dei Vizi Degli Atti Processuali. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. L. n. 2. Padova: CEDAM, 1995. p. 472-506.
- POLIDORI, Stefano. *Discipline Della Nullità e Interessi Protetti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. v.1. Trad. de Milton Amado. 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- _____. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. v.2. Trad. de Milton Amado. 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- _____. *Um Mundo de Propensões*. Trad. de Esteban Cloquell. Madrid: Tecnos, 2000.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos. *In Cuadernos de Política Criminal*. n° 39. Madrid, 1989.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- PRESSUTI, Adonella. Legalità e Discrezionalità nella Disciplina Delle Nullità Processuali Penali. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xix. Milano: Giuffrè, 1976. p. 1178 - 1218.
- PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal Entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32-45.
- PUCCHINI, Lapo. *Studi Sulla Nullità Relativa*. Milano: Giuffrè, 1967.
- PULITANÒ, Domenico. Appunti su Democrazia Penale, Scienza Giuridica, Poteri del Giudice. *In INSOLERA, Gaetano. Riserva di Legge e Democrazia Penale: il ruolo della scienza penale*. Bologna: Monduzzi Editore, 2005. p. 121 – 139.

- PULITANÒ, Domenico. Sui Rapporti fra Diritto Penale Sostanziale e Processo. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 48. Milano: Giuffrè, 2005. p. 951-973.
- QUAGLIERINI, Corrado. In Tema di Onere della Prova nel Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xli. v. 4. Milano: Giuffrè, 1998. p.1255 – 1272.
- QUEIJO, Maria Elisabeth. O Tratamento da Prova Ilícita na Reforma Processual Penal. *In Boletim do IBCCRIM*. a. 16. n. 188. São Paulo, 2008. p. 18-19.
- RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; ALMEIDA, Cibelle Barretto. Nulidades no Processo Penal: do tradicional “Inferno” Teórico a uma Racionalidade Garantista. *In MOREIRA, Rômulo de Andrade. Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPodium, 2008. p. 77-96.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1939.
- RICCI, Edoardo F. Il Principio Dispositivo Come Problema di Diritto Vigente. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxviii. n. 3. Padova, 1973. p. 380 – 389.
- RICCIO, G. *Introduzione allo Studio del Sistema Sanzionatorio nel Processo Penale*. *In Quaderni di Scienza Penalistica*. n.2. Napoli, 2006.
- ROCCO, Arturo. *Cinco Estudios Sobre Derecho Penal*. Trad. de Bernardo Nespral. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.
- _____. *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal*. Trad. de Gerónimo Seminara. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- ROCCO, Arturo. *La Reparazione Alle Vitime Degli Errore Giudiziari*. Napoli: Nicola Jovene, 1906.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Demcracia*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Génesis del Derecho Penal*. Trad. De Carmelo González Cortina. Bogotá: Temis, 1956.
- ROMAGNOSI, Gio. Domenico. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D’Italia*. 3 ed. Venezia: Guasti, 1836.
- ROMERO, Sebastián G. Ineficacia Expansiva de los Actos Procesales. *In Pensamiento Penal y Criminológico*. a. V. n. 8. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004.

- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da. O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (Ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232, Min. Eros Grau. In PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da república de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-13.
- ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- ROSENBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. Trad. de João S. Muller. Campinas: Impactus, 2005.
- _____. *La Carga de la Prueba*. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2002.
- ROUDINESCO, Elisabeth. *A Parte Obscura de Nós Mesmos: uma história dos perversos*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 10.
- ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. De Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tyrant lo Blanch, 2000.
- ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal Colzoni, 2007.
- RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- SABATINI, G. *Principi di Diritto Processuale Penale Italiano*. Città di Castello: Città di Castello Casa Editrice, 1931.
- SABATINI, Giuseppe. *Trattato dei Procedimenti Incidentale nel Processo Penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1953.
- SALAS, Denis. *Du Procès Pénal: éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*. Paris: PUF, 1992.
- SALAS CALERO, Luis. Aspectos Materiales y Procesales del Principio Acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penale socialmente relevantes. La

- Exclusión de Pruebas Ilícitamente Obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos. *In Revista del Poder Judicial*. n. 66. Madrid, 2002. p. 367 – 402.
- SANTORO, Arturo. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Torino: UTET, 1954.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 12. n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60 – 122.
- SASSERATH, M. Procédure Accusatoire et Procédure Inquisitoire. *In Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n. 1. Paris: Sirey, 1952. p. 35-52.
- SATTA, Salvatore. *Il Mistero del Processo*. Milano: Adelphi Edizione, 1994.
- SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I. Trad. De Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. de Antônio Chellini. 25 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.
- SCAPARONE, Metello. *Procedura Penale*. v. I. Torino: Giappichelli, 2008.
- SCARPELLO, Gaetano. I Riflessi della Dichiarazione di Nullità sil Corso del Procedimento Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Indice Generale Dell'Annata. Milano: Giuffrè, 1956. p. 62 – 82.
- SCELLA, Andrea. L'Inutilizzabilità della Prova nel Sistema del Processo Penale. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxxv. n. 1. Milano: Giuffrè, 1992. p. 203-219.
- SCHMIDT, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Trad. de Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Lerner, 2006.
- SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. *In Dubio Pro Reo*. Buenos Aires: Europa-América, 1971.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal II*. Lisboa: Verbo, 1999.
- SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- SILVA CORREIA, Eduardo Henriques da. *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*. Coimbra: Livraria Atlântida, 1948.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SIRACUSANO, Delfino. Problemi Attuali della Descrezionalità in Diritto Penale (Spunti Processuali). In *L'Indice Penale*. a. X. n. 2. Padova: CEDAM, 1976. p. 437 – 448.
- SPANGHER, Giorgio. Problemi di Incompatibilità e Precedente Sentenza Istruttoria. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XXIV. Milano: Giuffrè, 1981. p. 589 – 643.
- SPENCER-BROWN, George. *Laws of Form*. London: Allen and Unwin, 1969.
- STAECHELIN, Gregor. ¿Es Compatible la “Prohibición de Infraprotección” com uma Concepción Liberal de Derecho Penal. In *La Insostenible Situación Del Derecho Penal*. Comares: Granada, 2000.
- STRUENSEE, Eberhard. La Prueba Prohibida. In *Revista Peruana de Ciencias Penales*. a.II. n. 4. 1994. p. 665 – 687.
- SUANNES. Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SUÁREZ SANCHEZ, Alberto. *El Devido Proceso Penal*. 2 ed. Bogotá: Universidad de Colombia, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal:superando o ideário liberal-individualista-clássico. In *Revista do Ministério Público*. n. 53. Porto Alegre, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Constituição e Bem Jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermeneutico-constitucional do art. 225 do código penal*. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em 11.08.2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v.I. Torino: Giapichelli, 1995.
- TAORMINA, Carlo. *Diritto Processuale Penale*. v. II. Torino: Giapichelli, 1995.
- TAORMINA, Carlo. *L'Essenzialità del Procedimento Penale*. Napoli: Jovene, 1974.
- TARUFFO, Michele. La Ricerca Della Verità Nell'Adversary System' Angloamericano. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. xxxii. n. 4. Padova, 1977. p. 596 -634.
- TOLOMEI, Alberto Domenico. *I Principi Fondamentali del Processo Penale*. Padova: CEDAM, 1931.
- TONINI, Paolo. *A Prova o Processo Penal Italiano*. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TORO PUJOL, Roberto; LÓPES ESCARTÍN, Martín. Principio Acusatorio. *In Revista de Derecho y Proceso Penal*. v. 12. ¿??, 2004. p. 165 – 174.
- TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el Proceso Penal*. 4 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Nulidades no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TRANCHINA, Giovanni. Processo Penale e Società. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. xxix. n. 1. Milano: Giuffrè, 1986.p. 35-48.
- TRANCHINA, Giovanni. Ruoli Naturali ed Innaturali del Nuovo Processo Penale. *In L'Indice Penale*.a. XXIII. n. 3. Padova: CEDAM, 1989. p. 615 – 627.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TULKENS, Françoise. O Procedimento Penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais *In DELMAS MARTY, Mireille. Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência européia*. Trad. de Fernando de Freitas Fanco. Barueri: Manole, 2004. p. 05-17.
- UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979.
- UBERTIS, Giulio. Il Contraddittorio nella Formazione della Prova Penale. *In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 331-240.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de. Criterios Dominantes Sobre Desconexión de la Antijuridicidad: en especial, la confesión del acusado. *In La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. a. VI. n. 58. Madrid, 2009. p. 05- 22.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de. Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita. *In Revista Canaria de Ciencias Penales*. n.2. dez. 1998. p. 59 – 66.

VALIANTE, Mario. *Il Nuovo Processo Penale: principi fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1975.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. Proibições de Prova e Constituição. In VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do *et al.* Estudos Jurídicos Luso-Brasileiros (UNIPÊ/COIMBRA). João Pessoa: UNIPÊ editora, 2006. p. 17-69.

VANNINI, Ottorino; COCCIARDI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Processuale Italiano*. Milano: Giuffrè, 1973.

VASSEUR, Michel. Des Effets en Droit Pénal des Acts Nuls ou Illégaux D'Après D'Autres Disciplines. In *Revue de Science Criminelle et ed Droit Pénal Comparé*. n. 1. Paris:Sirey, 1951. p. 01 – 48.

VATTIMO, Gianni. *As Aventuras da Diferença: o que significa pensar depois de Heidegger e Nietzsche*. Trad. de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Nihilismo y Emancipación: ética, política, derecho*. Trad. de Carmen Revilla. Barcelona: Paidós, 2004.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal I*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1956.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1956.

VESCOVÍ, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. Prove Illecite e Costituzione. *In Rivista di Diritto Processuale*. v. xxiii. Padova, 1968. p. 64 – 73.

VOGLER, Richard. El Sistema Acusatorio en los Procesos Penales en Inglaterra y en Europa Continental. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 177- 194.

WACH, Adolph. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. I. Trad. de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Europa-America, 1977.

- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ed. São Paulo: Perfil, 2005.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WIETHOLTER, Rudolf. *Le Formule Magiche della Scienza Giuridica*. Trad. de Luitgart Riegert Amirante. Roma-Bari: Laterza, 1975.
- WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polémica Sobre la Actio*. Trad. de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 4 ed. Trad. de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derecho, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 4 ed. Madrid: Trotta, 2002.
- ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello Accusatorio e Deontologia dei Comportamenti Processuali nella Prospettiva Comparatistica. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*. a. xxxvi. v. 2. Milano: Giuffrè, 1993. p. 435 – 492.
- ZANZUCHI, *Diritto Processuale Civile*. v. I. 6 ed. Milano: Giuffrè, 1964.
- ZIGNANI, Davide. Sulla Nozione di Abnormità nel Processo Penale. *In Rivista di Diritto Processuale*. a. LIX. v. I. Padova: CEDAM, 2004. p. 245 – 278.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.