

179 - 202

Artigo

**NULIDADES NO PROCESSO PENAL:
A DESCONFORMIDADE DOS
PARÂMETROS, O PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A
MUDANÇA NECESSÁRIA**

FELIPE MARQUES SALGADO

NULIDADES NO PROCESSO PENAL: A DESCONFORMIDADE DOS PARÂMETROS, O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A MUDANÇA NECESSÁRIA

NULLITY OF PROCEDURE
THE INCOMPATIBLE PARAMETERS, THE DESIGN OF A NEW CODE OF CRIMINAL
PROCEDURE AND THE NECESSARY CHANGE

FELIPE MARQUES SALGADO

Pós-graduado em Ciências Penais e em Direito Público
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
felipemarquessalgado@gmail.com

RESUMO: A Constituição da República de 1988 elevou a proteção das garantias individuais à prateleira mais alta do ordenamento, proteção que não tem sido implementada na prática, haja vista que a teoria das nulidades processuais adotada pelo nosso Código de Processo Penal, que é impulsionada ainda pela interpretação feita pelos tribunais país a fora sobre o tema, tem sido um dos pontos de desrespeito ao vetor neoconstitucional principalmente em face dos pilares que sustentam a teoria das nulidades, os quais dão palco ao decisionismo e à insegurança jurídica, o que demonstra a necessidade da formulação de novo texto processual que dê vida às garantias constitucionais ainda não alcançadas pelo projeto do novo Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Garantias. Nulidade. Código de Processo Penal.

ABSTRACT: The Constitution of the Republic of 1988 raised the protection of individual guarantees to the highest shelf of the order, protection that has not been implemented in practice, given that the theory of procedural nullities adopted by our Code of Criminal Procedure, which is further driven by the interpretation made by the courts across the country on the subject, has been one of the points of disrespect to the neoconstitutional vector mainly in view of the pillars that support the theory of nullities, which give rise to decisionism and legal uncertainty, which demonstrates the need for the formulation of a new procedural text that gives life to the constitutional guarantees not yet achieved by the draft of the new Code of Criminal Procedure.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Guarantees. Nullity. Code of Criminal Procedure.

1. Introdução

As nulidades processuais já se notabilizaram como polêmico tema no campo da teoria do direito e, mais ainda, na seara processual penal. Isso decorre da pouca objetividade inserta nas bases teóricas eleitas para amparar o estudo e a aplicação do tema nas cortes país a fora. O esteio teórico das nulidades aplicadas no ordenamento brasileiro emana do direito civil e traz consigo as

incompatibilidades inerentes a searas tão díspares, além de abrir espaço para casuísmos e relativizações que são perpetradas na prática. (PAULA, 2013)

As tentativas de melhorar essa matéria e outros pontos ultrapassados do nosso Código de Processo Penal têm sido ineficazes. O fato é que reformas e remendos no texto do código processual dificilmente vão conseguir tornar clara, objetiva e pertinente a teoria em torno do tema. (LOPES JR., 2018)

Esse horizonte tem impulsionado a adesão à ideia de que somente um novo Código de Processo Penal seria capaz de prover uma teoria das nulidades processuais em conformidade com o modelo constitucional de processo estabelecido pela Carta de 1988. (FIORATTO, 2013)

A doutrina costuma conceituar as nulidades nas irregularidades de mínima relevância; atos processuais praticados com defeito, os quais se repartem em relativos e absolutos; e plano de inexistência, hipótese em que há a falta de elemento essencial para o ato ser impedido de ingressar no mundo jurídico. (LOPES JR., 2018)

As nulidades são encaradas como absolutas quando há violação a princípio constitucional de norma cogente que tutela interesse público bem como prejuízo presumido e insanável. Já na nulidade relativa, parte-se da ideia de que o defeito no ato não é tão grave. Via de regra, tutela interesse essencialmente da parte. Esta deve postular a declaração da nulidade e demonstrar o prejuízo sofrido, conforme o famigerado princípio do *pas de nullité sans grief*, assentado e reafirmado no nosso ordenamento a partir de seguidas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - vide *HC 81.510* -, ocorrendo preclusão se não alegado no tempo e oportunidade corretos. (LOPES JR., 2018)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL.
DIREITO DE REPERGUNTAS PELO DEFENSOR DO RÉU AOS

DEMAIS CORRÉUS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 188 DO CPP. NULIDADE ABSOLUTA. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I. O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado. II. O indeferimento de reperguntas pelo defensor de um dos réus aos demais corréus ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. Precedentes. III. Contudo, o entendimento desta Corte também é de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie. Precedentes. [...]. (STF - HC: 116132 PE, Relator: min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17.9.2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 2.10.2013 PUBLIC 3.10.2013).

Fato é que a teoria das nulidades eleita possui baixíssimo grau de objetividade em seus parâmetros, colocando nas mãos do julgador extremo poder decisório. Em um primeiro olhar, isso não significaria necessariamente um problema. Bastaria que a jurisprudência se alinhasse à já estabelecida ordem garantista constitucional brasileira. Contudo, na prática, não é isso que se tem visto nos tribunais. Pelo contrário, constata-se que essa área cinzenta de discricionariedade do julgador acabou por se tornar instrumento gerador de insegurança, sendo mais do que comum a manipulação discursiva com o intuito de desconstituir o prejuízo sofrido pela parte em favor do aproveitamento do ato.

Decorre dessa fonte uma relevante confusão jurisprudencial, na qual situações similares são entendidas como nulidades por alguns julgadores e por outros não, restando sempre incerta a possibilidade de comprovação do prejuízo sofrido.

Nesse contexto, aventa-se a hipótese de que os parâmetros eleitos pela legislação e jurisprudência no tocante à teoria das nulidades no processo penal, em face da pouca objetividade, gerariam insegurança jurídica e, por conseguinte, originariam violações a garantias individuais.

Para se debruçar na conjectura posta à mesa, entende-se pertinente, como referencial, a obra de Luigi Ferrajoli (2002), na concepção de que, como garantia individual em face da sede punitiva estatal, o recorte a ser problematizado repousa justamente no critério do prejuízo como ponto central para o reconhecimento das nulidades no processo penal.

2. O código de processo penal e a aplicação jurisprudencial

2.1. As atuais bases teóricas por trás da teoria das nulidades

O diploma processual penal pátrio traz em seu Livro III, Título I, a sistemática adotada no tocante à teoria das nulidades processuais. De início, o texto estabelece o preceito do prejuízo como pedra basilar para a constatação de uma nulidade. (BRASIL, 1941)¹

Esse preceito determina que se o ato processual, ainda que produzido sem observância à lei, ou seja, não trazer prejuízo à parte, não há que se falar em nulidade do ato. (WAMBIER, 1998)

Trata-se do brocado *pas de nullité sans grief* já citado e que, em uma tradução livre, significa que “não há nulidade sem prejuízo”. Esse instituto foi importado do ordenamento francês, mais especificamente da época do Código Napoleônico, que, como sabido, se trata de texto legal de direito privado. (DEZAN & CARMONA, 2016)

¹ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo à acusação ou à defesa.

O estabelecimento do prejuízo como filtro para ponderação das nulidades nada mais é do que a elevação do princípio da instrumentalidade das formas dentro da matéria das nulidades processuais. Esse princípio traz à baila a preponderância da ideia de que o ato irregular praticado deve ser aproveitado caso atinja sua finalidade, elemento demasiado perigoso quando se leva em conta o fato estar sendo aplicado na seara penal.

O Código de Processo Penal continua em seu art. 564 um rol exemplificativo de nulidades, que parte da doutrina e da jurisprudência tem encarado como de caráter absoluto e, por conseguinte, aquilo que não está ali citado como nulidade relativa, distinção que vem perdendo relevância diante de entendimentos recentes das cortes superiores. O dispositivo homenageia o princípio da tipicidade das formas ao priorizar a eleição de formas específicas para o aperfeiçoamento do ato processual. Trata-se de uma busca pela padronização legal, princípio que se coloca de forma contraposta ao da instrumentalidade das formas, já citado, e que é reafirmado pelo legislador no art. 566 do diploma processual penal².

Mais adiante, nos artigos 571, 572 e 573, o legislador brasileiro inseriu o instituto da preclusão no seio da matéria em comento. Este é mais um elemento importado da sistemática processual civil que significa a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não os ter feito na oportunidade devida ou na forma prevista. No caso, consiste na perda da prerrogativa de arguir nulidade ocorrida no processo pela consumação dos marcos citados nos incisos dos dispositivos expostos, instituto somente aplicável às nulidades tidas por relativas, uma vez que as absolutas seriam de ordem pública, podendo ser conhecidas a qualquer tempo. (LOPES JR., 2018)

2 Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

São esses *pas nullite sans grief*, finalidade do ato, distinção entre nulidades relativas e absolutas e o brocado da preclusão os esteios basilares que orientam o estudo e a aplicação da teoria das nulidades processuais penais no ordenamento brasileiro.

Ocorre que a mistura desses espectros teóricos se tem revelado incompatível com o ramo do direito que pondera justamente a hipótese de supressão de direitos e garantias individuais. E uma investigação acerca das fontes por trás dos princípios eleitos pelo legislador expõe a razão dessa incompatibilidade.

Acredita-se que falte ao legislador e aos pensadores que dão suporte às propostas legislativas a coragem e disposição para se pensar e discutir o direito processual penal como a seara única e independente que de fato é. Nosso ordenamento é uma simples transposição de conceitos do processo civil para o processo penal e, em certos casos, uma leve adaptação. É exatamente o que ocorre na teoria das nulidades processuais penais. (LOPES JR., 2018)

O brocado da *pas nullite sans grief*, que já nasceu no direito francês voltado ao direito civil, nada mais é do que uma releitura do princípio da instrumentalidade das formas. No Brasil, a inserção desse princípio foi ainda influenciada pelas Ordenações Filipinas. Nelas, a meta era o alcance da verdade, inexistindo possibilidade de anulação do processo caso esse intento fosse alcançado, tendência ainda seguida pelo Código de Processo Criminal do Império. (PAULA, 2013)

Elevar tais elementos civilistas dentro da teoria da nulidade processual penal resulta num simples instrumento a serviço de uma finalidade. Nesse prisma, o instituto da preclusão, igualmente oriundo do processo civil, insere-se como o último ingrediente para tornar mais forte o caráter instrumental do procedimento. A inércia da parte gerará o aproveitamento de atos que facilitem a finalização do processo e o alcance de seu resultado.

O processo civil é de fato visto como meio para se alcançar um fim, no caso a resolução de conflitos relacionados a direitos privados. Via de regra, pela natureza dos direitos em debate bem como pela contraposição de sujeitos processuais cujas forças se equivalem, ter-se-á um processo de natureza instrumental acentuada. Trata-se realmente de um meio no qual se visa à resolução de conflitos, o que é compatível com a natureza dos direitos envolvidos. (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2006)

O mesmo não deveria ocorrer – mas ocorre – na seara processual penal que tutela garantia individual fundamental do cidadão. Tudo isso acaba por desvirtuar exatamente o gatilho que originou a implementação de um devido processo legal como pressuposto para o Estado punir indivíduos. O processo penal e seus regramentos, no contexto de um Estado democrático de direito de matriz neoconstitucional, significam resposta à exigência de previsibilidade e racionalidade para que a punição se justifique, portanto, como garantia. (CASARA, 2004)

Assim, o devido processo legal insere-se na malha principiológica constitucional como meta-regra substantiva do Estado democrático de direitos, impondo ao Estado o dever de cumprir as regras preestabelecidas pelo ordenamento. Sob esse prisma, o processo penal consiste justamente num fim em si mesmo de levantar freios em relação à sede punitiva estatal, protegendo, por conseguinte, indivíduos hipossuficientes em face de exageros e injustiças punitivas. (PAULA, 2013)

Entendimentos jurisprudenciais e legislativos que ponderam o processo penal como um meio e não como um fim deturpam de forma grave o cerne da teoria originária dessa seara do direito. E a pedra basilar a partir da qual emana toda a deficiência constatada é justamente a colocação do errante e subjetivo conceito de prejuízo como pressuposto para a decretação de nulidade. Como dito, enxerga-se incompatibilidade em todos os conceitos importados do direito civil.

A teoria do prejuízo como a varinha mágica capaz de reciclar qualquer ato, por mais nulo que seja, é um verdadeiro contrasenso, principalmente quando se puxa à mente o fato de que o direito penal evoluiu em torno da ideia de legalidade, de conceitos bem definidos, de segurança jurídica e clareza tanto ao Estado quanto ao cidadão, provendo a ambos a correta informação acerca dos limites de suas atuações. (BRANDÃO, 2014)

Esse é o caminho que o processo penal deveria percorrer. Contudo, a eleição de parâmetros extremamente abertos, como a ideia de prejuízo, abre espaço para o subjetivismo, o que gera insegurança jurídica e, por consequência, viola garantias.

Mas em face da punição estatal, segurança jurídica é garantia individual caríssima ao ser humano, tornando imprescindível a efetivação da concepção de processo como garantia constitucional por meio da “consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana.” (BARACHO, 2006)

2.2. A jurisprudência e a insegurança jurídica

Quando se afirma que a teoria do prejuízo é uma varinha de condão nas mãos do magistrado, faz-se uma crítica à completa ausência de objetividade no critério eleito. O que seria prejuízo? A resposta pode variar de acordo com os vetores teóricos que guiam a atuação de cada julgador. A título de exemplo, instrumentalistas dirão que a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir à invalidade quando a própria finalidade do ato pela qual a forma foi instituída for atingida. Tal resposta gera nova pergunta: qual seria a finalidade do ato? Aury Lopes Jr. (2018) entende que a finalidade do ato, cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia a algum princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, forma seria garantia de que haverá condições de efetivação do princípio constitucional previsto no ato.

Entretanto, o caminho argumentativo eleito geralmente não tem origem no fato – violação do ato processual – mas sim na visão de processo do julgador. Nisso, o art. 566 do Código de Processo Penal deu incisiva contribuição à insegurança ao instituir que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (BRASIL, 1941). É que a antiquada expressão “verdade substancial” acaba de escancarar a porta ao subjetivismo e decisionismo, antes levemente aberta pela teoria do prejuízo.

Luigi Ferrajoli (2002) acentua que o decisionismo é um dos traços mais marcantes da epistemologia antigarantista. Para o autor, o decisionismo é efeito justamente da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção. Esta acaba por se manifestar no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, se vale mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato.

E na prática esse subjetivismo é facilmente constatado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ao tentar unificar os confusos entendimentos exarados nas instâncias ordinárias. Situações questionavelmente reconhecidas como nulidade relativa sob a alegação simplista de que se não há prejuízo não há nulidade; e situações em que a nulidade deveria ter sido decretada, mas não o foi, desaguando no aproveitamento do ato e deixando clara a insegurança jurídica que atualmente paira sobre o jurisdicionado.

Como exemplo desse comportamento, cite-se o Embargos de Declaração no HC 265.102/RR, DJe 7.4.2017, no qual a 5.^a turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que “não se evidencia nulidade no julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público se a defesa técnica, regularmente intimada para apresentação de contrarrazões, permanece inerte”. Em outras palavras, a ausência de

ampla defesa e contraditório não significa nulidade, um desrespeito ao processo penal constitucional ante a inobservância das garantias constantes no art. 5.º da Constituição de 1988³.

De modo similar, a 1.ª turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que “a participação de julgador impedido, quando do julgamento do recurso no órgão colegiado do tribunal, não acarreta automática nulidade da decisão proferida se, excluindo-se o voto do referido magistrado, o resultado da votação permanecesse incólume”. Nesse HC 125.610/PR, DJe 5.8.2016, segundo o STF, não houve prejuízo, pois o resultado já seria desfavorável ao réu de qualquer forma.

Contudo, o Tribunal acaba por ignorar que o voto nulo proferido por julgador impedido em desfavor do réu tem sim o condão de influenciar a opinião dos demais julgadores sobre o caso. Assim como qualquer prova ilegal, deve ser desentranhado dos autos e, por ter influenciado no resultado do processo, obviamente há prejuízo, o que reclamaria novo julgamento.

Em outro julgado, desta feita emanado da 2.ª turma do Supremo Tribunal Federal (RO em HC 122.467/SP, DJe 4.8.2014), a corte entendeu que “a inobservância do procedimento previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita”.

O dispositivo citado limita justamente a participação do juízo na inquirição das testemunhas, demasiada quando se elege como parâmetro do sistema acusatório, mas de forma tímida consegue a interferência do julgador que deveria permanecer inerte e imparcial. Conforme se nota, nem mesmo a inclusão de inúmeras garantias em favor do acusado no sistema acusatório eleito pelo Constituição de 1988 é capaz de prevalecer sobre o subjetivismo argumentativo em prol do aproveitamento do ato nulo.

3 Art.5.º, IV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.

Tais exemplos indicam o quão subvertido se tornou o entendimento jurisprudencial ante a completa ausência de parâmetros objetivos da teoria das nulidades. Nota-se que parte da jurisprudência tem encarado a condenação como o fim buscado pelo processo penal. Quando alcançado, todo o esforço argumentativo pode ser implementado para fazer valer aquele resultado.

Entretanto, não para por aí. Revisitando a distinção entre nulidades relativas e absolutas, a doutrina por muito tempo defendeu que nos casos de nulidade relativa caberia à parte prejudicada arguir a irregularidade bem como demonstrar o prejuízo sustentado. (FIORATTO, 2013)

Já em hipóteses de nulidade absoluta, a violação a interesse público vicia a própria aplicação do direito, resultando na decretação de ofício da nulidade no momento em que notada pelo juízo. (GRINOVER, GOMES FILHO, & FERNANDES, 2009)

Em que pese as críticas em face da *pas nullite sans grief*, compreende-se a aplicação desse instituto como principal parâmetro para diferenciar nulidades relativas de absolutas. Esta última, por significar grave violação às regras processuais, carrega consigo a presunção de que a parte restou prejudicada pela não prática ou prática do ato de forma irregular.

Foi dessa forma que por muito tempo o processo penal foi trabalhado pela jurisprudência, ainda que fossem comuns decisões que colocassem como relativas nulidades claramente absolutas tão somente para cobrar a prova do prejuízo e negar a decretação de nulidade do ato.

Recentemente, a jurisprudência dos tribunais superiores passou a entender que a prova do prejuízo deveria ser feita, inclusive, nos casos de nulidade absoluta (HC 110.160/DF, STF, DJe 27.2.2013; HC 116.132/PE, STF, DJe 2.10.2013). Em outras palavras, em que pese ser considerada absoluta a nulidade, o prejuízo não mais se

presume. Nesse contexto, até mesmo a possibilidade de o juiz reconhecer a nulidade absoluta de ofício resta enfraquecida, uma vez que necessária a contribuição da parte por meio da prova acerca do prejuízo. E dessa forma a jurisprudência vai-se aproveitando de cada brecha na lei para se movimentar em direção a um posicionamento cada vez mais punitivista e, ao mesmo tempo, errante.

A exigência de que a parte demonstre o prejuízo, por si só, já consiste em um contrassenso quando se leva em conta se tratar de processo penal. Um Estado democrático de direito de matriz neoconstitucional deve encarar o devido processo penal a partir do axioma *nulla accusatio sine probatione*, ou seja, o ônus da prova deve permanecer com a acusação. (FERRAJOLI, 2002)

Constata-se a completa subversão desse pilar quando se exige do réu, parte hipossuficiente, produzir prova acerca do prejuízo que foi gerado por outrem se o Estado, responsável pela condução do procedimento, não o conduz de maneira diligente. Nada mais dissonante ao devido processo legal constitucional o ônus de comprovar as consequências de o erro de nulidade recair sobre o réu.

Assim, a mais recente exigência de demonstração do prejuízo também quanto às nulidades absolutas acabou por sepultar o último recanto de objetividade contido na teoria das nulidades, cenário em que a insegurança jurídica já patente promete reinar sem ser incomodada.

Diante do exposto, infere-se que a jurisprudência pátria não possui maturidade para lidar com a discricionariedade a ela dotada pelo Código de Processo Penal, ainda que a Constituição Federal claramente indique os vetores e a postura hermenêutica a ser adotada.

3. O projeto de novo código de processo penal

A jurisprudência já demonstrou que se aproveitará de qualquer mínima abertura ao punitivismo, o que indica a necessidade de

projeto de um novo Código Penal que harmonize a legislação processual aos vetores garantistas da Constituição de 1988.

No Congresso Nacional, o PL 8.045/2010 expõe o claro descompasso em relação à Constituição vigente: “o Código de Processo Penal em vigor data do Estado Novo, estado autoritário, indissociavelmente ligado ao ideário fascista”. O deputado João Campos (CAMPOS, 2018) relembra a influência da legislação processual penal italiana, promulgada sob a batuta de um regime autoritário, sobre o nosso texto de 1941, e as quatro constituições que se sucederam em nosso país. Consequentemente, a lei processual penal tornou-se, cada vez mais, descompassada dos preceitos constitucionais.

O relatório elogia a inicial busca pela efetivação do sistema acusatório puro no seio do projeto, ressaltando, contudo, que alterações feitas durante a tramitação já mitigaram essa tentativa. No capítulo das nulidades, o elogio é justamente o alvo da crítica ao descompasso com a Constituição mas, ao que tudo indica, será mantido na legislação processual penal. Conforme o relator, foram feitas alterações no texto para aproximar-se do novo Código de Processo Civil, preservando-se o princípio de que a decretação de nulidade depende da ocorrência de prejuízo *pas de nullité sans grief*. E não para por aí. Não bastasse a manutenção do parâmetro do prejuízo, reafirma-se a relevância da instrumentalidade das formas e termos do processo. Assim, evita-se o culto do formalismo estéril, prestigiando a busca da verdade. (CAMPOS, 2018)

A famigerada verdade insistentemente sobrevive, em que pese a clara desarmonia desse dito princípio com qualquer ordenamento que se pretende democrático. Nos novos dispositivos, constata-se a tão somente simplificação do texto legal para torná-lo mais claro bem como efetivar de vez o que já era interpretado pela jurisprudência.

O artigo 157 do novo dispositivo não encontra correspondência no código atual. Conforme o texto, a decretação da nulidade e a

invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, mas nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não bastasse, não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei⁴.

Resta claro, portanto, que o novo texto processual simplesmente tornou lei todos os terríveis vícios jurisprudenciais que desaguarão em entendimentos completamente contrários à Constituição, em especial a exigência de demonstração de prejuízo, qualquer que seja o tipo de nulidade, e a prioridade ao brocado da finalidade do ato.

O artigo 157 e o conhecido entendimento jurisprudencial acabam por sepultar, antes mesmo de sua concepção, a redação do dispositivo introduzido no artigo 158 de estabelecer absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação dos direitos e garantias fundamentais do processo penal⁵. Nobre e correta a tentativa de balizas intransponíveis à instrumentalidade das formas, contudo inócua diante da imposição de prova do prejuízo quanto a qualquer ato.

Ressalte-se que a leitura e correta interpretação aos vetores constitucionais conduz à conclusão de que as nulidades ali previstas são insanáveis e, portanto, dispensariam a demonstração de prejuízo. Contudo, o legislador e os estudiosos por trás do projeto não observaram de forma diligente todas as variáveis envolvidas nessa equação. A mudança de um texto de lei não se deve pausar tão somente na correção do anterior, mas também e, princi-

4 Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/Atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/Atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>> acesso em 17.10.2018.

5 Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/Atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/Atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>> acesso em 17.10.2018.

palmente, no movimento interpretativo que os tribunais fazem na tentativa de adequar a legislação ultrapassada à realidade social. No caso, esse movimento hermenêutico buscou despreendimento ao sistema acusatório puro, caminhando em direção ao punitivismo. No momento em que se contrapõe um dispositivo claramente punitivista a um timidamente garantista, o único resultado que se espera é a preponderância do primeiro artigo no seio da visão já viciada ostentada pelos julgadores pátrios.

Sob esse prisma, entende-se que o artigo 158 do projeto do novo Código de Processo Penal já nasce morto. E não só ele, mas também qualquer esperança de que o novo texto possa finalmente alinhar a legislação infraconstitucional aos preceitos constitucionais. Acaba por se dissipar porque os dois dispositivos esmiuçados são justamente aqueles que se propõem como pilares da matéria, já que os subsequentes se limitam a abordar regramentos secundários e situações específicas. Se o pilar principal carrega consigo as mesmas deficiências já diagnosticadas, a previsão sensata indica a manutenção do *status quo*.

4. A forma do ato e a garantia de efetivação do princípio que o motiva

Os parâmetros provavelmente a serem mantidos pelo novo Código de Processo Penal estão em completo descompasso com o plexo de garantias apresentado e implementado pela Constituição da República de 1988, o que aduz a um debate de ideias capaz de extirpar tal descompasso dentro do ordenamento.

O ponto comum a guiar novas ideias reside na assertiva de que o processo não consiste em instrumento da busca da verdade, mas sim o meio pelo qual se efetiva a garantia do acusado ao contraditório, com a possibilidade de desconstituir a tese acusatória. (PAULA, 2013)

A necessidade de se extirpar o preceito verdade substancial de nosso ordenamento é patente. Em pleno século XXI, manter esse termo no código só serve para comprovar o compromisso do legislador com o modelo punitivista.

Segundo Ferrajoli (2002), a verdade substancial ou material quer dizer uma verdade absoluta e incompreensiva em relação às pessoas investigadas carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. Obviamente, o debate em sentido oposto ao vigente parte do pressuposto garantista já estabelecido.

O devido processo legal, considerada a principiologia metodológica constitucional, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos perante os órgãos jurisdicionais. A partir dele, a ideia de devido processo legal é a que melhor se encaixa à efetivação do viés garantista. (BRETAS C. DIAS, 2010)

Nesse cenário, Flaviane de Magalhães Barros (2006) propõe modelo que venha superar a concepção instrumentalista que se constitua a partir dos princípios processuais insculpidos na própria Constituição de 1988.

A Constituição e seu plexo de garantias deve servir de base à estrutura legal e interpretativa. Nesse contexto, a ideia de forma como garantia se apresenta como alinhamento inicial aos preceitos garantistas elencados. (LOPES JR., 2018)

Contudo, em que pese a forma ser o ponto de partida à concretização dos princípios do processo, no resultado da interpretação o que se busca é a garantia e a efetividade de todos os princípios do modelo constitucional. (GUIMARÃES, 2013)

À vista disso, a forma do ato deve sim constituir limite inicial cuja violação, por conseguinte, deve significar presunção de desrespeito a determinada garantia constitucional porquanto a efetivação do princípio não se deve limitar à análise da forma. Se de um lado a completa ausência de parâmetros objetivos produz insegurança jurídica e punitivismo, um excesso de formalismo pode pender a balança para o extremo contrário, mitigando a efetividade da jurisdição, resultado que também não interessa.

Luigi Ferrajoli estabeleceu dez axiomas⁶ nos quais um sistema penal garantista se deve basear. O princípio da legalidade estrita ocupa papel central no sistema de garantias e se distingue da mera legalidade (segundo axioma), uma vez que enquanto a mera legalidade se limita a exigir lei como condição necessária à pena, a legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias à legalidade penal. Nas exatas palavras do jurista italiano, “graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada.”

A legalidade estrita – também entendida como taxatividade dos conteúdos – é, portanto, condição de validade e/ou legitimidade das leis vigentes como parâmetro à efetivação dos preceitos constitucionais no seio do procedimento penal. Dessa forma, o legislador prescreve que o sistema legal seja composto por pressupostos típicos dotados de significado preciso por meio do qual se torna possível o emprego de proposições judiciais verdadeiras ou falsas aos demais axiomas. (FERRAJOLI, 2002)

Disso resulta a vedação ao arbítrio, abusos e restrições às liberdades que não as prescritas em lei, parâmetro capaz de prover

6 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); 7) *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdiccionariedade); 8) *Nulla iudicium sine accustione* (princípio acusatório); 9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

justamente a segurança jurídica que falta ao ordenamento pátrio. (PAULA, 2013)

E essa segurança jurídica só será alcançada se deslocado o foco do processo penal. Há que se abandonar a retrógrada ideia de verdade substancial em busca da valorização das formas consubstanciadas nas garantias como pressupostos de validade do resultado do processo. “A invalidade não exsurge apenas da formalidade desobedecida. Há algo protegido por detrás das formalidades.” (FERNANDES & FERNANDES, 2002)

Justamente aqui a ideia de legalidade estrita de Ferrajoli se encaixa como parâmetro a partir do qual se deve construir um sistema legal de proteção às demais garantias que estão no seio e fundamento de cada formalidade existente no processo penal. Formalidades processuais não devem existir por mero capricho. Pelo contrário, devem ser impostas sempre que necessária a proteção de determinada garantia. Somente a partir de um modelo de processo penal como esse é que será possível a superação da preponderância do binômio prejuízo-finalidade que age a serviço da verdade substancial.

Propõe-se delinear de forma cuidadosa um sistema de nulidades conectado às garantias da Constituição. O processo penal de viés neoconstitucional deve ser visto como instrumento de limitação do poder punitivo estatal e, por consequência, uma garantia ao acusado.

Binder (2000) elucida que a nulidade nunca ocorrerá a favor da lei, já que possui o caráter de proteger interesse particular e, no espectro do processo penal, o interesse do particular significa interesse do acusado.

O sistema de nulidades estará finalmente a serviço das garantias individuais, pois emana do sistema de garantias constitucional que assim se estrutura. (LOPES JR., 2018)

A dicotomia entre nulidade absoluta e relativa em nada se coaduna com um modelo constitucional do processo, e reclama, portanto, sua extinção porque o único parâmetro relevante diz respeito à análise em torno do ato, ponderando se este se encontra ou não em consonância com o conjunto principiológico do processo penal constitucional, já que o papel do ato é justamente a concretização de tais princípios.

Assim, torna-se irrelevante a busca pela distinção acerca do interesse da parte (privado) ou do processo (público) tutelado por determinado ato, uma vez que, a partir do modelo constitucional, todo o processo é regulado por normas de conteúdo cogente. (GUIMARÃES, 2013)

As nulidades não mais podem ser vistas como sanção, entendimento predominante entre os estudiosos do assunto, mas sim como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo (BARROS & MACHADO, 2011). Em outras palavras, a finalidade da nulidade é garantir o processo, os princípios, o que difere de um intento de castigo.

5. Conclusão

Um Estado que se pretende democrático de direito deve ter como atributo principal a proteção das garantias individuais em face de qualquer abuso. E, mais do que proteção, os direitos fundamentais devem ser elevados à prateleira mais alta do ordenamento jurídico, servindo de fonte interpretativa aos julgadores.

O Estado brasileiro se pretende democrático de direito ante a análise do conjunto de garantias presentes na Constituição da República de 1988. Torna-se, portanto, imperativo que a legislação infraconstitucional e a interpretação jurisprudencial se alinhem aos vetores constitucionais eleitos. (BARROSO, 2005)

Contudo, essa pretensão não tem sido implementada na prática, encontrando óbice tanto na legislação infraconstitucional, muitas vezes anterior à promulgação da Carta Magna, quanto na postura interpretativa dos julgadores.

O aqui exposto demonstra que um dos óbices impostos pelo texto infraconstitucional reside na teoria das nulidades processuais adotada pelo Código de Processo Penal, que é impulsionada ainda pela interpretação feita pelos tribunais país afora sobre o tema.

Os pilares teóricos que sustentam as nulidades no processo penal brasileiro são o principal problema diagnosticado. O brocado da *pas nullite sans grief* definitivamente não se harmoniza a um processo de espectro garantista, na medida em que dota o julgador de extrema discricionariedade, abrindo espaço para o subjetivismo, o que, conforme ensina Ferrajoli (2002), acaba por desaguar em decisionismo e insegurança jurídica. E, não bastasse dotar o julgador de tanto poder na hora de proferir sua decisão, a teoria adotada no Código de Processo Penal ainda preconiza o alcance à finalidade do ato como forma de superação da nulidade, trabalho ainda facilitado pelo espaço de protagonismo ocupado pelo princípio da verdade substancial, igualmente eleito como algo a ser buscado pelo juiz em suas decisões.

Essa receita auxiliou a formação de uma jurisprudência que caminha em sentido oposto ao garantismo penal e processual estampado na Constituição de 1988, cenário que reclama uma mudança legislativa que vem sendo gestada pelos congressistas.

Contudo, o novo Código de Processo Penal não carrega consigo nenhuma alteração efetiva no que tange às nulidades processuais. O projeto prevê tão somente a manutenção do *status quo*, além de tornar letra de lei os vícios jurisprudenciais atuais.

Os problemas permanecem e com eles a necessidade de mudança. Busca-se um processo pelo qual se implemente a garantia do

acusado ao efetivo contraditório (PAULA, 2013), que deve passar respeito à forma do ato (LOPES JR., 2018) como transportadora da garantia (GUIMARÃES, 2013). A inobservância à forma deve servir como indício da nulidade do ato, que somente será aproveitado caso se comprove a não violação à garantia, aliada ao alcance da finalidade.

Prega-se a formulação de texto que dê vida à legalidade estrita. Esta terá o condão de fornecer previsibilidade ao processo e, por conseguinte, segurança jurídica, certificando a valorização das garantias individuais sem que isso signifique mitigação da efetividade da jurisdição. (FERRAJOLI, 2002)

6. Referências

BARACHO, J. A. (2006). *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum.

BARROS, F. M., & MACHADO, F. (2011). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BARROSO, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, 240, 1.42.

BARROSO, L. R. (2016). *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva.

BINDER, A. B. (2000). *El Incumplimiento de las Formas Procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BRANDÃO, C. (2014). *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método etinêmico*. Coimbra: Almedina.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.

BRÊTAS C. DIAS, R. (2010). *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey.

CAMPOS, J. (18 de abril de 2018). *Portal da Câmara dos Deputados*. Acesso em 16 out. 2018, disponível em <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>.

CASARA, R. (2004). *Interceptação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (2006). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros.

DEZAN, S. L., & CARMONA, P. A. (out./dez. de 2016). O princípio *pas nullité sans grief* e os limites da convalidação no processo disciplinar. *Revista de Informação: RIL*, v. 53, n. 212, 121-137.

FERNANDES, B. G. (2019). *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm.

FERNANDES, P. S., & FERNANDES, G. B. (2002). *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros.

FERRAJOLI, L. (2002). *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FIORATTO, D. C. (2013). *Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: D'plácido.

GRINOVER, A. P., GOMES FILHO, A. M., & FERNANDES, A. S. (2009). *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUIMARÃES, L. A. (2013). *As nulidades no direito processual penal e a sua (des)conformidade com o processo constitucional*. Belo Horizonte.

LAMAS, L. P. (2011). *Aplicação da pena nos Estados Democráticos de Direito à luz do garantismo: Aspectos polêmicos do Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: PUC-Rio.

LOPES JR., A. (2018). *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva.

MAGALHÃES BARROS, F. d. (2006). Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. Em M. C. GALLUPO, *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito* (p. 227-238). Belo Horizonte: PUC Minas.

PAULA, L. C. (2013). *As nulidades no processo penal: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá.

WAMBIER, T. A. (1998). *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Artigo recebido em 22/07/2019.

Artigo aprovado em 15/04/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.i36.380>